

## التعريف بالحق في الشريعة الإسلامية

### والقانون الوضعي

لكـوـر

مصطفى محمد عرجاوى

مدرس القانون المدنى بجامعة الازهر باسيوط

### مبحث تمهيدى

#### ١ — الحق والقانون :

القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد التى تنظم نشاط الافراد فى المجتمع بقصد تحقيق التماسك الاجتماعى . وهذا التنظيم يتم من خلال بيان المشرع الوضعى ما يجوز لكل فرد أن يفعله ، وما يتحتم عليه أن يفعله أو أن يتجنبه ، أو بعبارة أخرى يتم التنظيم لنشاط الافراد فى المجتمع ببيان الانفعال الجائزة ، وهذه هى الحقوق ، وبيان الانفعال المفروضة ، وهذه هى الواجبات .

فوظيفة القانون اذن ، هى تنظيم سلوك الافراد فى المجتمع عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الافراد من ناحية ، وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية . فالقانون يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط روابط وعلاقات الافراد فيما بينهم ، فيغلب بعضها على بعض ، ويميز بين اطراف هذه الروابط أو العلاقات تبعا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر ، فالصلة بين الحق والقانون صلة وثيقة ، لانها صلة بين الغاية والوسيلة ، اذ أن الغاية التى يريجوها المشرع الوضعى من وضع التشريع ، هى الوصول الى تنظيم عادل للحقوق . فالقانون اذن وسيلة لغاية هى تنظيم الحقوق .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين الحق والقانون فان الفقهاء والمفكرين يختلفون ويتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق ،

أم أن الحق هو المؤسس على القانون ويستند اليه . ويرجع هذا الخلاف الى اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي « الاشتراكي » . ويجب أن نسلم بالواقع ، وهو استناد الحقوق الى القانون الوضعي ، لأنها تستمد منه وجودها الشرعي وكفالة احترامها . فلا يتصور في مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه ، وليس معنى ذلك أن القانون الوضعي يتحكم في فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقرر أن للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعي انكارها(١) .

## ٢ — الحق والواجب :

إن تقرير حق معين لشخص معين يستلزم بلاشك اختصاص هذا الشخص بالحق المقرر له وانفراده به ، وإن اختصاص صاحب الحق يستتبع حماية هذا الحق ومنع التعدي عليه . فالقانون عندما يقرر حقا معيناً من الحقوق ، ينشئ في ذات الوقت واجب احترام هذا الحق . ومن ثم يتعين القول بأن كل حق يقابله واجب ، هو واجب عدم التعرض لصاحب الحق في مباشرة حقه . وهذا الواجب عام أي مقرر على الكافة \* *liere* ، وهم جميع الأشخاص ماعدا صاحب الحق . ويقال عنه بأنه واجب سلبي بمعنى أنه لا يلزم الكافة بالقيام بعمل معين لصالح الحق ، بل مجرد احترام الحدود المرسومة لحته . فكل واحد في المجتمع مكلف مثلاً بعدم الاعتداء على حق غيره في السكن أو التنقل المشروع .

ويلاحظ أن هذا الالتزام السلبي العام المقابل لكل حق من الحقوق لا يعد في الواقع قيداً وارداً على حرية المكلف به ، فهو لا يمنعه من عمل شيء

---

(١) راجع في هذا المعنى : د . عبد المنعم البدراوي في مبادئ القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٧٥ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ود . حسن كبره في المدخل الى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٢٢١ ص ٤٢١ ، ود . مختار القاضي في أصول الحق ط ١٩٦٧ ص ٥ وما بعدها ، د . محمد سامي مذكور في نظرية الحق ط ١٩٥٤ ص ٣ ، ٤ ود . أحمد سلامة ود . حمدي عبد الرحمن في الوجيز في المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٠ ص ٧ وما بعدها ، ود . حمدي عبد الرحمن في فكرة الحق ١٩٧٩ ص ٣ وما بعدها .

مباح بالاصالة ، فهو واجب عام يختلف عن الواجب الشخصي obligation وهو الذى يرد على العمل موضوع الحق الشخص .

ويعرف الحق الشخصى بأنه الحق المقرر لشخص معين فى أن يطالب شخصا آخر بأن يقوم بعمل معين أو يمتنع عن عمل معين : كحق العامل فى مطالبة رب العمل بأجر ما قام به من عمل ، أو حق المستأجر فى مطالبة المؤجر بتكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . فمقتضى الواجب المقرر على الملتزم بحق شخصى هو أن يقوم شخصيا بالعمل أو بالامتناع المستحق لصاحب الحق . فالحق الشخصى يقابله واجبان : الاول هو الواجب الشخصى المقرر على المدين به ، والثانى هو الواجب العام السلبى المقرر على الكافة . أما غيره من الحقوق وهو الحق لمطلق كحق الملكية فلا يقابله الا واجب واحد هو الواجب العام السلبى . فالتلازم قائم بين لحق والواجب (٢) .

يظهر لنا مما سبق أن الواجب الشخصى يختلف عن الواجب العام السلبى من حيث الوجوه الآتية :

١ — أن الواجب الشخصى قد يوجد وقد لا يوجد فى حين أن الواجب العام يكون موجودا دائما . لانه واجب سلبى يرتبط بوجود الانسان واحترامه لحقوق الآخرين .

٢ — أن مضمون الواجب العام يختلف عن مضمون الواجب الشخصى : فالاول لا يتطلب من المكلف به سوى مجرد الامتناع عن الاعتداء على الغير ، أى أن يتركه وشأنه فهو التزام سلبى ، أما الثانى فيطلب من المكلف به أن يمكن صاحب الحق من اقتضاء حقه عن طريق القيام بعمل معين على سبيل الالتزام . ولذلك يطلق على الواجب الشخصى تسمية « التزام » obligation وهذا الالتزام قد يكون باعطاء شئ أو بعمل شئ أو بالامتناع عن عمل شئ .

٣ — الواجب العام لا يحتسب في الجانب السلبي للذمة ، بينما يحتسب الواجب الشخصي دائما في هذا الجانب لانه في الحقيقة التزام بحق معين (٣) .

### ٣ — انكار وجود فكرة الحق :

لقد هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني بعنف من العديد من فقهاء القانون في أواخر القرن الماضي ، وقد تزعم فريق المنكرين لوجود فكرة الحق ، «ففيه فرنسي من فقهاء القانون العام هو « ليون ديجي » Léon Duguit ، ونظروا لانه من أقدر وأعنف من هاجموا فكرة الحق سنكتفى بعرض مضمون مذهبه في هذا الصدد .

ومن المعروف ان « ديجي » يعتمد في بحثه على المنهج العلمى الدقيق الذى لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد دفعه هذا المنهج العلمى الى محاولة تطهير القانون من كل ما يعج به من افكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفي مقدمتها فكرة الحق التى يراها فكرة دخيلة على عالم القانون ، لانها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة ( métaphysique ) .

ويبدأ « ديجي » انكاره لفكرة الحق بقوله : انها فكرة فارغة لامعنى لها ، لان مفهوم الحق يقتضى أن يكون لشخص معين — هو صاحب الحق — قدرة الامر بالنسبة للآخرين . ومعنى ذلك أن ارادة صاحب الحق تكون اسما من ارادة الآخرين ، والا لما استطاع أن يأمرهم . ومعنى سمو ارادته هو نقص ارادتهم . فكأن الحق لا يقوم اذن الا اذا سلمنا بوجود تدرج في ارادات الناس ، بمعنى أن هناك ارادة سامية تأمر وارادة دنيا تطيع . فهل هذا التدرج موجود حقيقة أم لا ؟ اذا قلنا بأنه غير موجود وجب القول اذن بعدم وجود الحق لانه لا يقوم بغير هذا التدرج . وهو في الحقيقة غير موجود لسبب بسيط ، هو انه ليس في مقدور ارادة بشرية أن تسمو وتتعالى على ارادة بشرية أخرى ، وعلى ذلك فالتدرج مفقود ،

---

(٣) د . أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثانى — مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٣ فقرة ٦٨ ص ١٢٢ وما بعدها .

ويترتب على فقدانها عدم وجود ما يسمى بفكرة الحق ، والواقع — في نظرة — يؤكد ذلك اذ لا يشاهد في المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية في جوهرها . مما يمتنع معه على القانون الوضعي اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، لان ذلك لا يتأتى الا من جانب قوة مساوية مهيمنة على البشر .

ومن هنا انتهى « ديجي » الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا للتصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة اخرى . مجرد فكرة فلسفية من افكار ما وراء الطبيعة قد تم اصطناعها بالمخالفة للواقع ، ولذلك ينبغي التخلي عنها وتطهير الفقه القانوني منها .

ويعرض « ديجي » بعد ذلك الى ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي يقال ان الانسان يولد ومعه مثلها ، وانه دخل الجماعة بها ، وانها سابقة على وجود القانون فهي ثابتة للانسان منذ عهد الفطرة الاولى *L'état de nature* لانها ملازمة للطبيعة الانسانية ، فيقول مهاجما لهذا النهج من التفكير : ان مثل هذه الحقوق غير متصورة ، فهي مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادي محسوس . فضلا عن ان عهد الفطرة الاولى الذي يتصور فيه وجود الفرد وحيدا في عزلة تامة عن بقية الافراد ، لا يعدو أن يكون مجرد محض افتراض غير واقعي او خرافة ينقضها الواقع المشاهد الذي يؤكد أن الانسان لا يعيش الا في جماعة ، ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لان لكل حق طرفين : صاحب الحق والملتزم به ، ومتى وجد هذان الطرفان فأننا نكون بصدد جماعة وليس بصدد انسان منعزل . ويستخلص « ديجي » من هذا التسلسل في التفكير أن ما يسمى بالحقوق الطبيعية أو الحقوق فقط ، فكرة غير موجودة لانها فكرة غير علمية من افكار ما وراء الطبيعة أو الميتافيزيقا . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ينهار ما يقيمه المذهب الفردي من تأسيس القانون على هذه الحقوق وتلك بغية « ديجي » .

ويضيف « ديجي » الى ما تقدم أنه في كثير من الاحيان لا يمكن أن نتصور وجود الحق ، فمثلا عندما ترتكب جريمة معينة لا يمكننا أن نتحدث هنا

عن الحق في توقيع العقاب دون تشويه للحقيقة فإن هو الحق (٤) ؟ وإذا استوضحنا رايه في تفسير العلاقات التي تقوم بين الناس ، ولم يستطيع الدائن أن يجبر مدينه على الوفاء بالدين ، ولم يستطيع الابن أن يقتضى من أبيه النفقة ؟ قال : انه لا ينكر ذلك . ولكن تفسيره ليس في فكرة الحق التي لم تثبت علميا . وانما نجد التفسير في فكرة أخرى هي فكرة المركز القانوني ( Situation juridique ) اذ الواقع أن هناك مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم حياة الناس في المجتمع ، وقد تضع هذه القواعد شخصا معيناً في مركز ايجابي وقد تضع الآخر في مركز سلبي . فمثلا تنص القاعدة القانونية على أن المدين يجب عليه أن يفي بالدين . فكل شخص يقتض ، مثلا ، يوجد في مركز المدين أو المركز السلبي ، وكل شخص يقترض يوجد في مركز الدائن أو في المركز الايجابي . وكذلك من يرتكب جريمة معينة يوجد في المركز الثانوي للجاني أي المركز السلبي فيوقع عليه العقاب .

من هذا يتبين لنا أن المراكز القانونية عند « ديجي » تنقسم الى قسمين : مركز قانوني ايجابي ( Situation juridique active ) ومركز قانوني سلبي ( Situation juridique passive ) ، وهذه المراكز مراكز عامة لانها مستمدة من القاعدة القانونية التي هي عامة بطبيعة الحال ، وينبنى على اعتبار أن المراكز القانونية مراكز عامة نتيجة جوهرية هي أن التكليف يكون عاما كذا الاستفادة تكون عامة أيضا ، اذ ان الجميع — الأشخاص — معرضون لهذا التكليف أو لهذه الاستفادة ، لانهم

---

(٤) لكي يقيم « ديجي » الدليل على صدق تحليله فانه يقدم بعض الفروض التي لا يتمتع فيها الشخص بحقوق رغم أن النظام القانوني يفتح أمامه طريق الدعوى القضائية ، فمثلا حين تقع جريمة جنائية ، فانه لا يمكن القول بوجود حق معين ، لا قبل ارتكاب الجريمة ولا بعد وقوعها ، فحين تقع الجريمة ، فان أجهزة الامن في الدولة تتحرك بحثا عن الفاعل ، لكي تقيم ضده دليل الادانة ، ثم يحكم عليه ، وأخيرا يطبق عليه العقاب . فمن الواضح انه لا مجال — في تقدير ديجي — للحديث عن حق في مثل هذا الفروض التي لا يتمتع فيها الشخص بحقوق رغم أن النظام القانوني يفتح ص ١٥٢ ، ود . حمدي عبد الرحمن في فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ١١ ص ١٦ ، ١٧ .

ينتمون الى مجتمع قانونى ، واذن فليس البعض فقط مكلفين ، وليس البعض فقط مستفيدين ، وليست ارادة البعض فقط هى السالبة او العليا ، وليست ارادة البعض فقط هى : الدنيا او السفلى ، وعلى ذلك فليست هناك حقوق لان هذه الحقوق تفترض — كما قلنا — خضوع ارادة لآخرى اعلى منها (هـ) .

هذا هو جوهر نظرية « ديجى » التى يخلص منها الى انه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للافراد او عليهم وانما يوجد الافراد فى مراكز قانونية معينة ايجابية او سلبية ، ففكرة الحق عنده فكرة خيالية ، اما فكرة المراكز القانونية او المركز القانونى فانها فكرة واقعية مشاهدة (٦) .

(٥) د . حسن كيره مقرة ٢٢٤ ص ٤٢٣ — ص ٤٢٦ ، ود . احمد سلامة مقرة ٧١ ص ١٢٧ — ص ٣١٣ ، ود . حمدي عبد الرحمن فى فكرة الحق مقرة ١١ ص ١٦ — ص ١٨ .

(٦) ولعل الفقيه الفرنسى دجى قد تأثر فى هجومه على فكرة الحق — كما ذكرنا فى المتن — بفكر اوجيست كونت الذى عبر عن عدم وجود فكرة الحق بقوله : « لا احد يملك من حق سوى حق اداء ما عليه من واجب .

Nul ne peut étre plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir » cité par : L. Duguit : les transformations générales du droit privé . 1912 p . 13 etc .

وقد حرص ديجى فى تعبيره عن حق الملكية ان يجعل منه واجبا لاحقا فعرفه بقوله انه : « واجب او التزام يقع على عاتق كل حائز ثروة ، بأن يستعمل ما يحوزه فى الحفاظ على التكافل الاجتماعى وتنميته .

La propriété est, pour tout détenteur d'une richesse, - le devoir, l. obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il possède à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale . »  
Cité Par : carbonnier ( j ) droit civil . t . i . 1971 p . 148 ( le note .

وقد سار على نفس درب ديجى الفقيه كلسن Kelsen فعرف الحق الشخصى بأنه : « التزام ، يفرض على من يتحمل به أن يנהج سلوكا مغايرا للسلوك المجازى قانونا .

...l'obligation qui pèse sur lui ( l'individu ) d'adopter une conduite contraire à celle que sanctionne la contrainte pas le réglé . » kelsen ( h ) aprescu b'une théorie générale - de l'état R, de, dr, pub . 1922 p . 574 .

#### ٤ — الإبقاء على فكرة الحق :

ان فكرة الحق بالرغم من الهجوم الذى شنه عليها الفقيه « ديجى » ومن تبعه من منكرى هذه الفكرة ، بقيت صامدة ، بل وخرجت منتصرة على جميع من هاجموها أو تنكروا لها ، لان حجج من انكروها كانت من السهولة بحيث أمكن دحضها واثبات ان فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار . « فديجى » قد استند فى نفيه لفكرة الحق على حجتين رئيسيتين : الاولى ، ان هذه الفكرة غير ملموسة ولا تمت الى الواقع بصلة ، فهى من افكار ما وراء الطبيعة ، والثانية ، انها فكرة تتطلب تدرجا فى ارادات الناس بحيث تمتاز ارادة على ارادة أخرى ، ويحولها هذا الامتياز سلطة الغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، مع أن هذ التدرج لا يوجد فى واقع الحياة الاجتماعية ما يؤيده .

والحق ان الحجة الاولى التى يستند اليها « ديجى » ، قد تكون فى ظاهرها صحيحة الا انها غير منتجة لما يدعيه ، ولعل ابلغ رد عليه هو انتقاد منهاجه فى البحث الذى يريده علميا واقعيا خالصا ، وهذا المنهاج لا يصلح فى شأن العلوم التقويمية وعلى رأسها القانون ، لان القانون لا يقتصر على تسجيل الحقائق الملموسة فحسب بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع ، ليس القانون ينزع دائما الى ان يبلغ درجة الكمال بالمجتمع الذى يطبق فيه .

وفضلا عن ذلك فان انكار ديجى لفكرة الحق تأسيسا على رفضه ومحاولة هدمه لما يسمى بحقوق الانسان الطبيعية ، لا يطعن فى الحقيقة فى وجود فكرة الحق ذاتها ، وانما يعنى فقط رفض التسليم أو الاذعان

---

وراجع كلسن أيضا فى :

Theorie pure de droit, traducti on theyeuor ler edit . 104 .

وأنظر أيضا : د . حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق فقرة ١٣ ص ٢٠  
وص ٢١ طامش ٢ ، و د . محمد شكرى سرور فى النظرية العامة للحق  
ط ١٩٧٩ فقرة ٢ ص ١٠ وص ١١ هامش ٣ ، ٤ ، ٥ .



بما تدعيه بعض المذاهب — كالمذهب الفردي — من قيام القانون على أساس الحق ، أو من وجود حقوق سابقة على القانون ولا تستند اليه نظرا لتولدها من الطبيعة الانسانية(٧) .

وأما حجته الثانية التي يدعى فيها أن فكرة الحق تقتضى تدرجا في الارادات وسمو ارادة أو امتيازها على حساب ارادة أخرى . فهو قول لم يقله سوى « ديجي » وقد قام على تصوير خاطيء لفكرة الحق جر وراءه نتائج فاسدة ترتبت عليه . وأراد بقوله هذا أن يصل الى النتيجة الفاسدة التي وصل اليها . فلا أحد يفكر وفق نهج ديجي حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية ، لانهم يرون ان الارادات الفردية متساوية ابتداء لا تفاوت بينها في الجوهر . وأن ارادة صاحب الحق ليست في الواقع هي التي تلزم الغير بنفسها فحسب ، بل الذي يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة

---

(٧) اما انكار « ديجي » للحقوق الطبيعية على أساس أن الانسان المنعزل ليست له حقوق طبيعية فهو انكار يتضمن في حد ذاته نظرة سلبية ، ولكن ليس من شأن هذا الانكار أن يؤدي بصورة مباشرة الى انكار فكرة الحق أو الحقوق في كل زمان ومكان ، فالانسان المنعزل الذي تصوره قصة « روبنسن كروزو » لم تكن له حقوق وانما كانت له مقومات ومصالح : فهو يعيش ويفكر ويستغل ما يحبط به من ثروات . ولكن هذه المصالح لن تنقلب الى حقوق الا بظهور انسان آخر ، لان بظهوره سيظهر التعارض في المصالح فتنشأ فكرة الحق ، وعلى ذلك فانه في ذات الوقت الذي نسلم فيه بانتفاء الحقوق في حالة الانسان المنعزل ، يجب أن نسلم بوجود هذه الحقوق حيث توجد الجماعة ، وهذا الامر قد غاب عن ذهن الفقيه « ديجي » على سبيل التجاهل منه ، لانه أنكر الحق في حالة العزلة وفي حالة الجماعة على جهة سواء وهذا ما ينقضه الواقع . انظر : د . أحمد سلامة في المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني في مقدمة القانون المدني ط ١٩٦٣ ص ١٣٢ ، و د . محمد شكري سرور في النظرية العامة للحق ط ١٩٧٩ ص ١٢ . وراجع أيضا في خلاصة الانكار التي يستند اليها « ديجي » و « كلسن » في انكار فكرة الحق :

وخارجية عنها . فمثلا اذا كان للمقرض الحق في مطالبة المقرض برد القرض في الاجل المضروب . فان ذلك لا يعنى امتياز او اسمو ارادة المقرض على ارادة المقرض ، وانما أعطى هذ الحق بمقتضى واقعة سبقت هذه المطالبة وتبررها الا وهى واقعة الاقتراض ، وهى في مضمونها تلزم المقرض برد القرض الى المقرض في الميعاد المحدد سلفا . واذا كان من حق من اصابه الضرر أن يطالب مرتكبه بالتعويض . فان ذلك لا يعنى أن ارادة المقرض تعلقو على ارادة مرتكب الضرر لان خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المقرض بمثل هذا التعويض .

وبناء على ما سبق فان « ديجى » لا ينكر في الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معيناً لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لم يقل به أحد سواء ، وبذلك يكون الخلاف بين ديجى وغيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضاً لا يمس جوهر فكرة الحق ذاتها لا من بعيد ولا من قريب (٨) .

واذا كان « ديجى » حين ينكر فكرة الحق ينكر أيضا التقابل بين القانون نفسه ، فما الفائدة أو الجدوى من الكلام عن المركز القانونى ، اليس ما يسميه « المركز القانونى » ، فاذا كان الحق كما يدعى ليس سوى القانون نفسه ، فما الفائدة أو الجدوى من الكلام عن المركز القانونى ، اليس في كلام « ديجى » عن المركز القانونى سواء أكان ايجابيا أم سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه بصفة مجردة ، وبين ما ينشأ للأفراد من اوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ فاذا تساوى الافراد في نفس المركز تجاه القانون ، فانهم يتفاوتون في مراكزهم قبل بعضهم البعض ، لانهم سيكونون اما في مركز المستفيد واما في مركز الملتزم المحمل

---

(٨) راجع : حسن كيره في المدخل الى القانون ط ١٩٧٤ فقرة ٢٢٥ ص ٤٢٦ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة في المرجع السابق فقرة ٧٣ ص ١٣٠ وما بعدها ، و د . حمدى عبد الرحمن في فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ١١٢ ص ١٨ وما بعدها ، و د . محمد شكرى سرور في النظرية العامة للحق فقرة ٣ ص ١١ وما بعدها .

بالاعباء . فاقتمصار ديجى على مجرد تساوى الافراد فى المراكز تجاه القانون جعله يغفل حقيقة أخرى ، وهى تفاوت المراكز واختلافها تجاه بعضهم البعض ، ومثله فى ذلك كمثله من يسأل عن شخص معين فيجب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن سائر الناس من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة وما الى ذلك (٩) .

واذا كان اختلاف الافراد فى المراكز قبل بعضهم حقيقة واقعة ، فلا مناص من العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب او الالتزام ، او الرجوع الى التقابل التقليدى بين الطرف الايجابى للحق والطرف السلبي له ، وبذلك ينحصر الخلاف بين المنكرين لفكرة الحق بزعماء ديجى وبين المدافعين عنها فى نطاق شكلى بحث هو مجرد المناضلة بين اصطلاح « المركز القانونى الايجابى » وبين اصطلاح « الحق » للدلالة على الفكرة التى جرى التقليد عند فقهاء القانون على التعبير عنها بالاصطلاح الثانى ، والتى بقيت فى حقيقة الامر بمنأى عن الخلاف على جوهر وجودها أو حقيقتها كما قلنا . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانونى الايجابى » على اصطلاح الحق لان الاصطلاح الاول الذى بتركه « ديجى » فضلا عن طوله فانه يبدو متنافرا مع استعمال المصطلحات القانونية ، لان كلمة « الحق » فضلا عن شيوعها وانتشارها على الالسنه منذ القدم ، مما جعل مدلولها واضحا فى اذهان الناس حتى العامة منهم ، فان احلال كلمة أو عبارة أخرى محلها يتنافر مع المبدأ القائل ان « شيوع الاستعمال وقدمه يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا فى تغليب مصطلح على مصطلح » (١٠) .

ولهذا فان الغالبية من فقهاء القانون يتمسكون باصطلاح الحق ، كما أن سائر التشريعات تردده فى معظم نصوصها لان هذا المصطلح يعد — وبحق — أحسن مصطلح يعبر عن الحقيقة القانونية ، ولانه ليس هناك فائدة من انكار فكرة الحق ، فقد ثبت لنا من كل ما تقدم أن هذه الفكرة

---

(٩) راجع : د . حسن كيره فقرة ٢٢٥ ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، و د . أحمد سلامة فقرة ٧٣ و د . محمد شكرى سرور فقرة ٣ ص ١١ وما بعدها .  
(١٠) د . حسن كيره ص ٤٢٩ ، و د . أحمد سلامة ص ١٢٣ .

تستعمل على الرفض والانكار ، وأن أخلص أتباع « ديجى » أنفسهم لم يجدوا مفرا من الرجوع عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق ، بل ان وجود هذه الفكرة قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون التى تعبر عن جوهر القانون ، ولم تعد مجرد أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية (١٠) .

وإذا كان « ديجى » قد هاجم فكرة الحق وسعى الى هدمها من أساسها فإنه لم يقم بذلك من منطلق معاداته لهذه الفكرة فى حد ذاتها ، وإنما دفعه لهذا الاتجاه عداؤه الشديد للمذهب الفردى ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية والانانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن كان يكفى لدفع هذه الخشية إخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها ، وهذا ما قال به الاتجاه الحديث حيث أخضع الحقوق للرقابة ، وما نظرية (١١) « التمسك فى استعمال الحق » سوى صورة من صور هذه الرقابة (١٢) .

---

(\*) راجع ، بصفة خاصة ، فى تفصيل الدفاع عن فكرة الحق وأهميتها وجودها ، وانتقاد انكار الفقيه « ديجى » لها المصادر التالية :

Hassan kira - la theorie de L' apus de droit en droit francais en droit egyptien these, paris ( dactylographiee ), 1952, PP-18 - 48 - [Rene copitant L' illicite' P P - {218 - 22 , -

Dabin ( j ) une nouvelle defintion du droit reel . Rev, trin , PP - 13-

20 -- Geny, Science et technique en droit prive positif, T v , PP, 175 -- 187 .

(١١) بل ان أبرز الحقوق التى كثيرا ما وصفت بأنها حقوق مطلقة ، وهو حق الملكية ، لم تعد كذلك فى الوقت الحاضر ، الذى أصبح يعرف نظم نزع الملكية ، وكذا تأميمها للصالح العام ، وتؤكد على هذا الاتجاه كذلك الدراسات المتخصصة فى التطورات الحديثة لفكرة الحق الشخصى ، ففى الوقت الذى يشهد فيه التطور المعاصر فى عالمنا تزايداً فى تعداد الحقوق الشخصية ، وتوسعا فيما تخوله هذه الحقوق لأصحابها من سلطات ، فإنه يشهد فى ذات الوقت تعددا وتضخما فى الالتزامات المفروضة على أصحاب هذه الحقوق . انظر فى هذا المعنى ، د . محمد شكرى سرور ص ١٤ .

(١٢) راجع : د . حسن كيره ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، و د . أحمد سلامة

## ٥ - خطة البحث :

ان معالجة فكرة التعريف بالحق في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي تقتضى أن نعرض لها في مبحثين :

**المبحث الاول :** ونخصه للتعريف بالحق في الشريعة الاسلامية .

**والمبحث الثاني :** للتعريف بالحق عند فقهاء القانون الوضعي .

هذا وقد توخينا في هذا البحث أن نأخذ موضوعاته بيد بعضها لنتهي بمن يهتم بها الى تحصيل فكرة واضحة عن مضمون الحق في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي .

## المبحث الاول

### التعريف بالحق في الشريعة الاسلامية

#### ٦ - تمهيد :

ان كلمة الحق معروفة بصفة مجملة للعامة قبل الخاصة ، وبالرغم من بساطة مدلولها وشيوع التعرف عليها ، فان هذا المدلول من الناحية النظرية لا يمكن الوقوف عليه في سهولة ، لان فقهاء الشريعة الاسلامية ، ورجال القانون الوضعي في كافة دول العالم على اختلاف مذاهبها ، قد كتبوا في هذا المدلول بمفاهيم متعددة ومتفاوتة في مضمونها تقتضى منا أن نقف عليها ، لنتمكن بالبحث والتحصيل من التعرف على المفهوم الصحيح للمدلول فكرة الحق أولا في فقه الشريعة الاسلامية ، ثم نخرج عليها ثانيا في فكر فقهاء القانون الوضعي ، وبعد أن نعرض لكافة الاتجاهات التي تناولت هذه الفكرة تنتهي الى وضع تعريف للحق نراه أولى بالاعتبار لانه يربط بين الشرعية الاسلامية وفقه القانون الوضعي دون أدنى تعسف أو تكلف ، ويؤكد في جلاء تميز فقه الشريعة الاسلامية عن كل ما عداه من اتجاهات ومذاهب في فقه القانون الوضعي .

## ٧ — المنهج الاسلامى فى تعريف الحق :

ان منهج الشريعة الاسلامية فى تعريف الحق منهج قويم ، لانه يقوم على قواعد تقررت من خلال نصوص شرعية وردت الينا من لدن حكيم خبير ، ولقد قام علماء الشريعة بوضع النصوص الشرعية فى صورة قواعد عامة فى علم خاص يعرف « بعلم أصول الفقه » ولكى نقف على المعنى الحقيقى لفكرة الحق ، سنعرض لها من جهة اللغة ، ثم نبين مدلولها عند علماء أصول الفقه ، وعند فقهاء المسلمين الاوائل ، ثم عند الفقهاء المعاصرين فى المطالب الآتية :

**المطلب الاول : معنى الحق .**

**المطلب الثانى : التعريف بالحق عند الاصوليين .**

**المطلب الثالث : التعريف بالحق عند فقهاء المسلمين الاوائل .**

**المطلب الرابع : التعريف بالحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين .**

## المطلب الاول

### معنى الحق

## ٨ — الحق فى اللغة :

ان كلمة الحق تطلق فى اللغة على معان كثيرة منها :

١ — الحق بمعنى اسم الله أو صفة من صفاته . قال تعالى :

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والارض ومن فيهن » (١٣) ،

قال بعض المفسرين : الحق هو الله ، والمعنى لو جمل مع نفسه كما يحبون شريكا لفسدت السماوات والارض (١٤) . وكما فى قوله تعالى : « هنالك الولاية

---

(١٣) سورة المؤمنون من الآية ٧١ .

(١٤) فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير

للعلامة محمد بن على بن محمد الشوكانى ج٣ ص٤٩٣ طبعة دار المعرفة

ببلقان ، وتفسير القرطبى ، الجامع لاحكام القرآن للعلامة محمد بن احمد

الانصارى القرطبى مجلد ٥ ص٥٣٢ طبعة دار الشعب بمصر .

الله الحق» (١٥) وقوله تعالى : « ثم ردوا الى الله مولاهم الحق » (١٦) .

٢ — والحق بمعنى القرآن أو الاسلام كما في قوله تعالى : « يا ايها الناس قد جاءكم الرسول بالحق من ربكم » (١٧) . وقال تعالى : « قل جاء الحق وما يبدىء الباطل وما يعيد » (١٨) وكما في قوله تعالى : « بل كنبتوا بالحق لما جاءهم فهم في أمر مريج » (١٩) .

٣ — والحق بمعنى الصدق كما في قوله تعالى : « نزل عليك الكتاب بالحق » (٢٠) ، وقوله تعالى : « تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق » (٢١) ، وكذا قوله تعالى : « قال فالحق والحق أقول » (٢٢) ، وايضا قوله تعالى : « ويستنبئونك أحق هو قل أي وربي أنه لحق » (٢٣) .

---

(١٥) سورة الكهف من الآية ٤٤ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٥ ص ٤٠٢٨ ، وتفسير فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٨ ، وتفسير النسفي للعلامة عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ج ٣ ص ١٤ .

(١٦) سورة الانعام من الآية ٦٢ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٣ ص ٢٤٤٣ ، وتفسير فتح القدير ج ٢ ص ١٢٥ ، وتفسير النسفي ج ٢ ص ١٦ طبعة عيسى الحلبي .

(١٧) سورة النساء من الآية ١٧٠ ، وانظر تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٠١٦ .

(١٨) سورة سبأ الآية ٤٩ ، وانظر تفسير القرطبي ج ٦ ص ٥٣٩٥ ، وتفسير فتح القدير ج ٤ ص ٣٣٤ .

(١٩) سورة قاف الآية ٥ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٧ ص ٦١٧٤ .

(٢٠) سورة آل عمران من الآية ٣ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٢ ص ١٢٤٧ ، وتفسير فتح القدير ج ١ ص ٣١٢ .

(٢١) سورة آل عمران من الآية ١٠٨ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٢ ص ١٤١١ ، وتفسير فتح القدير ج ١ ص ٣٧ .

(٢٢) سورة ص الآية ٨٤ ، وانظر تفسير فتح القدير ج ٤ ص ٤٤٦ .

(٢٣) سورة يونس من الآية ٥٣ ، وانظر تفسير القرطبي مجلد ٤ ص ٣١٩٠ .

٤ — والحق بمعنى الثبوت والوجوب ، ومن هذا القبيل قوله تعالى : « فريقا هدى وفريقا حق عليهم الضلالة » (٢٤) وقوله تعالى : « واذا اردنا ان نهلك قرية امرنا متر فيها ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا » (٢٥) ، وقوله تعالى : « لقد حق القول على اكثرهم فهم لا يؤمنون » (٢٦) ، وقوله تعالى : « ثم نجى رسلا والذين آمنوا كذلك حقا علينا ننج المؤمنين » (٢٧) ، وقوله تعالى : « ولكن حقّت كلمة العذاب على الكافرين » (٢٨) .

٥ — ويطلق الحق على نقيض الباطل كما في قوله تعالى : « ولا تلبسوا الحق بالباطل » (٢٩) ، وقوله تعالى : « قل ان ربي يقذف بالحق علام الغيوب » (٣٠) .

(٢٤) سورة الاعراف من الآية ٣٠ ، وأنظر تفسير القرطبي مجلد ٣ ص ٢٦٢٤ .

(٢٥) سورة الاسراء الآية ١٦ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج ٣ ص ٢١٤ ، وتفسير القرطبي مجلد ٥ ص ٣٨٥٠ ، وصفوة التفاسير للصابوني القسم السابع ص ٥٤ .

(٢٦) سورة يس الآية ٧ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٠ ، وتفسير القرطبي مجلد ٦ ص ٥٤٥١ ، وصفوة التفاسير للصابوني القسم الثالث عشر ص ٤٥ .

(٢٧) سورة يونس الآية ١٠٣ ، وأنظر تفسير القرطبي مجلد ٤ ص ٣٢٢٧ .

(٢٨) سورة الزمر من الآية ٧١ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج ٤ ص ٤٧٦ ، وتفسير القرطبي مجلد ٧ ص ٥٧٢٨ ، وصفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابوني القسم الرابع عشر ص ٦٧ طبعة دار القرآن بيروت .

(٢٩) سورة البقرة من الآية ٤٢ ، انظر تفسير القرطبي المجلد الاول ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ، وتفسير فتح القدير ج ١ ص ٧٤ ، ٧٥ .

(٣٠) سورة سبأ الآية ٤٨ ، وأنظر تفسير القرطبي مجلد ٦ ص ٥٣٩٤ ، وتفسير فتح القدير ج ٤ ص ٣٣٤ .



٦ — ويرد الحق بمعنى العدل كما في قوله تعالى : « والوزن يومئذ الحق » (٣١) ، وقوله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى » (٣٢) ، وقوله تعالى : « فإذا جاء أمر الله قضي بالحق » (٣٣) ، وقوله تعالى : « والله يقضي بالحق » (٣٤) وقوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » (٣٥) .

٧ — ويرد الحق بمعنى اليقين كما في قوله تعالى : « وما يتبع أكثرهم إلا ظنا ان الظن لا يغنى من الحق شيئا » (٣٦) .

٨ — ويرد الحق بمعنى الحكمة ، كما في قوله تعالى : « خلق السماوات والأرض بالحق » (٣٧) .

٩ — ويرد الحق بمعنى النصيب أو الارب كقوله تعالى : « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (٣٨) ، وقوله تعالى : « وآتوا حقه »

(٣١) سورة الاعراف من الآية ٨ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٢ ص ١٩٠ .

(٣٢) سورة ص من الآية ٢٦ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٤ ص ٤٢٩ .  
(٣٣) سورة غافر من الآية ٧٨ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٤ ص ٥٠٢ .

(٣٤) سورة غافر من الآية ٢٠ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٤ ص ٤٨٧ .

(٣٥) سورة الانعام من الآية ١٥١ ، وأنظر تفسير القرطبي مجلد ٣ ص ٢٥٦٩ .

(٣٦) سورة يونس من الآية ٣٦ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٢ ص ٤٤٥ .

(٣٧) سورة الانعام من الآية ٧٣ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٢ ص ١٣٠ .

(٣٨) سورة المعارج الايتان ٢٤ ، ٢٥ ، وأنظر تفسير فتح القدير ج٥ ص ٩٢ ، ٢٩٣ ، وقد ورد فيه أن الحق المعلوم هو الزكاة المفروضة .

يوم حصاده» (٣٩) ، وقوله تعالى : « ما لنا في بناتك من حق » (٤٠) .  
والحق بمعنى النصيب هو المعنى القريب من الاصطلاح القانوني لكلمة :  
حق (٤١) .

١٠ — وقد ورد الحق في كتب اللغة بمعان أخرى كثيرة ، يضيق المجال — هنا — عن الإحاطة بها (٤٢) .

#### ٩ — صعوبة تحديد معنى الحق في الاصطلاح :

ان تعدد المعانى اللغوية لكلمة « الحق » ، جعلها صعبة التحديد ، لان معناه اللغوى يتغير وفق النص الذى ورد فيه ، وقد تشعبت كلمة رجال الفقه وأصوله من علماء المسلمين ، وكذا المبرزين في مجال الدراسات القانونية ومن يشتغلون بهذه العلوم . في المعنى الحقيقي أو الاصلى لكلمة « حق » وان كان من اليسير على « العامى » فضلا عن « المتعلم » أن يدرك معنى الحق من الناحية العلمية بمجرد أن ترد على لسان محدثه كأن يقال له — مثلا — ان فلانا أحق بكذا منك ، او عمك أحق بماله ، أى أنه مختص به ولا حق لغيره فيه . لكن اذا طلب من أيهما تحديدا نظريا لمحلول كلمة « حق » فان هذه الاجابة تستدعى منها الكثير من الجهد مع اعمال الفكر ، وقد لا يصلح مع ذلك الى المعنى الحقيقي لهذه الكلمة ، لان من تخصصوا في

---

(٣٩) سورة الانعام من الآية ١٤١ ، وأنظر تفسير القرطبي ج٣ ص٢٥٣٥ ، ٢٥٣٦ .

(٤٠) سورة هود من الآية ٧٩ ، وأنظر تفسير التسهيل لعلوم التنزيل للعلامة محمد بن أحمد بن جزى الكلبى ، وكذلك ورد مضمون هذا المعنى في تفسير شهيد الحق سيد قطب في ظلال القرآن الطبعة السابعة ١٩٧٨ ج٤ ص١٩١٤ ( طبعة دار الشروق ببلن ) .

(٤١) أنظر : د . مختار القاضى في اصول الحق ط ١٩٦٧ ص٢٤ .  
(٤٢) راجع في ذلك : لسان العرب ، والمصباح المنير ، والقاموس المحيط ، ومختار الصحاح ، والمعجم الوسيط ، وترتيب القاموس المحيط ، مادة ح . ق . ق .

هذا المجال من الدراسات الشرعية والقانونية ، قد اختلفوا في تحديد المعنى الاصطلاحي لكلمة « حق » على نحو سنعرض له بالبيان في حينه .

ونحن نرى ان مرجع صعوبة تحديد معنى « الحق » ، انه يرد بمعنى اسم الله أو صفة من صفاته — كما أوضحنا سلفا — وفي أسماء الله وصفاته من العمق اللغوي والاصطلاحي ما يجعل الاحاطة بمضمونها عسير مستغلق ، ولا يمكن ان يتأتى لنا معرفتها على جهة اليقين الا من الشارع الحكيم جل في علاه ، لانه المنشئ للحقوق . فقد بين سبحانه هذه الحقوق في الكتاب الكريم والسنة المطهرة ، وترك بفضل لاهل العلم من المجتهدين باب الاجتهاد مفتوحا فيما لم يرد فيه نص صريح لا يقبل التأويل ، واعطى من أصاب منهم اجرين ، ولم يحرم غير المصيب من الاجر لقاء ما بذل من جهد ليشجع اهل العلم على استخلاص الاحكام من المصادر الاصلية ، فاذا لم يجدوا حكما منصوصا عليه اجتهدوا رأيهم في حدود القواعد المنصوص عليها في هذا الصدد .

وعلى ذلك فان الحق وان اختلفت معانيه الا انها تلتقى جميعا عند حدود المعنى اللغوي الذي سيقى من اجله العبارة ، ويتحدد التعريف الاصطلاحي « للحق » وفق وجهة نظر كل فريق ، أى تبعا للمذهب الذي يعتنقه في النظر الى الحق من حيث أطرافه ، أو محله ، أو تحليل مضمونه سواء في الشريعة أم في القانون ولا يعنى عدم اتفاق فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف اصطلاحى معين للحق — كما سيأتى — اننا ننقض ما قلناه سلفا : من ان الوقوف على المعنى الحقيقى لكلمة « حق » لا يتحقق الا باعتناق المنهج الاسلامى في تحديد الحق . لان هذا المنهج يضع قواعد عامة لا يمكن للفقيه أو المجتهد أن يخرج عليها ، وهى قواعد غير قابلة للنقض لانها من خالق البشر العليم بما يصلحهم في حياتهم وبعد مماتهم دينا ودنيا ، وبغض النظر عن الزمان والمكان ، لانه سبحانه وتعالى قد أحاط بكل شىء علما . هذه القواعد العامة هى الاسس التى يقوم عليها المنهج الاسلامى في تعريف الحق فلا خرج على اطرافها أحد من فقهاء الشريعة مهما تعددت الآراء واختلفت الاتجاهات فكلها تدور في اطار الشرعية الاسلامية للقاعدة الاصولية

أو الفقهية . وهذا المنهج بقواعده كفيل بتحقيق أسمى ما يصبو اليه الإنسان في هذه الحياة . وهذا ما عنيناه بقولنا السالف بل هو ما نعتقد ، ونمضي على هديه ، ندعو اليه كل راغب في الحق أو مفتقد له في غير تعنت .

## المطلب الثاني

### التعريف بالحق عند الأصوليين

#### ١٠ — مذاهب علماء أصول الفقه في تعريف الحق :

لقد تعددت اتجاهات ومذاهب علماء أصول الفقه الاسلامي في تعريف الحق ، فمنهم من لم يذكر تعريفا للحق ، ومنهم من عرف الحق مغلبا المعنى اللغوي على المعنى الاصطلاحي ، ومنهم من عرف الحق على انه هو الحكم ، ومنهم من عرف الحق على انه متعلق الحكم ، لا الحكم نفسه ، أي الفعل ، ومنهم من مال في تعريفه الى أن الحق أمر معنوي .

وهذه الاتجاهات كلها تجتهد وتتعد في نطاق الشرعية الاسلامية ، ونعرض لبيان اتجاه كل فريق منهم ، في ايجاز ، وفي فقرة مستقلة على التو .

#### ١١ — الاتجاه الذي يهمل تعريف الحق :

لم يهتم بعض الأصوليين بذكر تعريف للحق لأسباب عديدة — في نظرهم — من أهمها : شيوع الحق ووضوحه ، لدرجة انه أصبح لا يحتاج الى تعريف ، ولذلك يتجهون مباشرة الى تعريف كل نوع من أنواع الحق ، ويغضون الطرف عن تعريف الحق ذاته ، لانه غنى عن التعريف في نظرهم (٤٣) .

---

(٤٣) أنظر : محمد طوم في الحق في الشريعة الاسلامية ص ١٧ وما بعدها ، و د . علي أحمد مرعي في حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة — الطبعة الاولى — ١٩٨٣ ص ٧ ( مطبعة السباعي بشبرا مصر ) .

## ١٢ — الاتجاه الذى يغلب المعنى اللغوى على المعنى الاصطلاحى للحق :

لقد اتجه بعض الاصوليين فى تعريفهم للحق الى تغليب المعنى اللغوى على المعنى الاصطلاحى ، ويبدو ذلك فى تعريفهم للحق بأنه : الموجود من كل وجه الذى لا ريب فى وجوده . ومن قولهم أيضا : أن السحر حق ، أى موجود بآثره . وأن هذا الدين حق ، أى موجود صورة ومعنى . ولفلان حق فى ذمة فلان ، أى شئ موجود من كل وجه (٤٤) .

فيستخلص من كلامهم السابق أخذهم بالمعنى اللغوى دون المعنى الاصطلاحى فى تعريف الحق ، ولذلك تعددت تعاريف الحق عندهم وفق المعنى اللغوى الذى يشايح مرادهم .

## ١٣ — الاتجاه الذى عرف الحق بتعريف الحكم :

ان بعض الاصوليين قد عرفوا الحق على أنه هو الحكم (٤٥) الذى يشتمل على الامر والنهى . وقد ذكر بعضهم الحق وأنواعه تحت عنوان الحكم ، وقسم الاحكام الى ثلاثة أقسام : حقوق الله ، وحقوق العبد ، والحقوق المشتركة .

وعلى رأس من قالوا بأن الحق هو الحكم فخر الاسلام البزدوى فقد جاء فى كتابه كشف الاسرار ما نصه (٤٦) : « ... أما الاجماع فانواع ،

---

(٤٤) أصول البزدوى للعلامة على بن محمد فخر الاسلام البزدوى مع شرحه كشف الاسرار لعبد العزيز بن أحمد البخارى ج٤ ص ١٣٤ ، و د . على أحمد مرعى فى المرجع السابق ص ٧ .

(٤٥) والحكم عند الاصوليين هو : « خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين ، بالامتناع أو التخيير أو الوضع » . انظر فى التعليق على هذا التعريف وشرحه بالتفصيل د . محمد حسان عمار فى دراسات فى أصول الفقه ( على الأدلة الضاربة سنة ١٩٨٤ ) ص ١٩ وما بعدها .

(٤٦) كشف الاسرار للبزدوى ج٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

الاول حقوق الله عز وجل خالصة ، والثانى حقوق العباد خالصة ، والثالث ما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى غالب ، أو ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب ... » الخ .

وقد أيدته القرافى (٤٧) فى هذا الاتجاه فقال فى معنى الحق : « حق الله أمره ونهيه ، وحق العبد مصالحه . والتكاليف على ثلاثة أقسام : حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر ، وحق العباد فقط كالديون والاثمان ، وقسم اختلف فيه هل يغلب حق الله أو يغلب حق العبد كحد القذف ، ونعنى بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط ، والا فما من حق للعبد الا وفيه حق لله تعالى ، وهو أمره بإيصال ذلك الحق الى مستحقه (٤٨) .

وعلى ذلك فان الحق عند القرافى يعنى ، الامر أو النهى .

#### ١٤ — مناقشة القائلين بأن الحق هو الحكم :

بالنظر فى التعريفات السابقة للحق عند بعض الاصوليين نجد أن منهم من عرف الحق بأنه الحكم صراحة أو ضمنا ، ويمكن مناقشة هذا الاتجاه بما يلى :

(١) ان تعريف الحق بالحكم تعريف غير مانع ، لان الحكم اعم من الحق ، لان هناك من الاحكام مالا يدخل فى دائرة الحقوق بالمعنى الشرعى كالاحكام الوضعية فى النظم والقوانين (٤٩) .

---

(٤٧) القرافى : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المصرى . انتهت اليه رئاسة المالكية فى عصره ، وبرز فى الفقه وأصوله والعلوم العصرية . ومات سنة ٦٨٤ هـ . أنظر ترجمته فى حسن المحاضرة ج ١ ص ٣١٦ .

(٤٨) الفروق للقرافى ج ١ ص ١٤٠ ، يراجع الفرق الثانى والعشرون المتعلق بقاعدة حقوق الله تعالى ، وقاعدة حقوق الآدميين .

(٤٩) أنظر فى هذا المعنى : الشيخ على الخفيف فى الحق والذمة وتأثير الموت فيهما ط ١٩٤٥ ص ٣٦ . ود . على أحمد مرعى فى المرجع السابق ص ٩ .

(ب) كما أن تعريف الحق بالحكم تعريف بالمباين ، لان الحق اثر من آثار الحكم الشرعى وليس هو عين الحكم ، ومن المعروف بداهة أن اثر الشئ غير الشئ ذاته ، فليس من المعقول أن يكون الحق هو نفس الحكم المعبر عنه بأنه خطاب الله تعالى . . . الخ ، لان خطاب الله هو كلامه النفسى القديم ، وعلى ذلك لا يصح على الاطلاق أن يكون الحق هو الحكم ، لاستحالة أن يكون الحق هو نفس الخطاب الصادر من الله سبحانه وتعالى : وانما يجب أن يكون غيره بالقطع ، لانه اثر من آثار الخطاب وناتج عنه ، وأثر الشئ كما قلنا هو غير الشئ (٥٠) .

(ج) اذا كان الحكم عند الاصوليين وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين . . . الخ ، فان هذا الخطاب هو مصدر الحق ، وليس هو الحق ذاته ، لان معرفتنا للحق تكون عن طريق الشرع فهو منشئ التشريع ومصدره ، فما يقرره الشرع من حقوق يكون حقا ومالا فلا ، ولا يخفى على أحد أن تقرير الحقوق فى الشريعة الاسلامية انما يكون عن طريق خطاب الشارع ، وهذا الخطاب هو الحكم — كما قلنا — وهو مصدر الحق لا الحق ذاته (٥١) .

(د) ان اطلاق الحق على أمر الله ونهيه — كما يقول القرافى — لا يصح ، لان الحق معناه اللازم لله على عباده ، وكل لازم على العباد لابد أن يكون مكتسبا لهم ، ولا يصح شرعا تعلق الكسب الذى هو بمثابة عمل حادث من أعمال العباد ، بأمر الله تعالى بكلامه النفسى القديم الذى هو صفة من صفاته جل فى علاه ، لان الكسب حادث ، والامر والنهى قديم لانه

---

(٥٠) راجع : د . على احمد مرعى فى المرجع السابق ص ٩ ، و د . محمد محمد المهدي فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٢٩ .  
(٥١) د . على مرعى ص ٩ ، و د . محمد المهدي فى المرجع السابق ص ٢٨ ، ٢٩ .

كلام الله ، ولا يصح على ذلك وصف القديم بالحادث (٥٢) .

#### ١٥ — الاتجاه الذى عرف الحق بأنه متعلق الحكم :

لقد مال هذا الفريق من الاصوليين الى تعريف الحق بأنه متعلق الحكم وهو « الفعل » وقد جاء فى هذا الصدد فى كتاب التلويح على التوضيح للتفتازانى أن (٥٣) « المحكوم به — ويسمى أيضا بالمحكوم فيه — وهو الفعل الذى تعلق به خطاب الشارع فلا بد من تحققه حسا ، أى من وجوده فى الواقع بحيث يدرك بالحس ، أو بالعقل ، اذ الخطاب لا يتعلق بها لا يكون له وجود أصلا . ثم المحكوم به — وهو المحكوم فيه — أما حقوق الله تعالى ، أو حقوق العبد ، أو ما اجتماعا فيه وأحدهما غالب ، والمراد بحق الله تعالى ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، فينسب الى الله تعالى لعظم خطره ، وشمول نفعه ، والا فباعتبار التخليق الكل — عند الله — سواء فى الاضافة الى الله تعالى ، والله ما فى السماوات وما فى الارض ، وباعتبار الضرر أو الانتفاع ، هو متعال عن الكل . ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير » .

وقريب من هذا الاتجاه يقول أحد الاصوليين فى هذا المعنى : « ان الحق ، هو عين الفعل ، فحق الله تعالى ، هو متعلق أمره ونهيه الذى هو عين عبادته لا نفس أمره ونهيه المتعلق بها » (٥٤) .

---

(٥٢) أنظر فى هذا المعنى : التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازانى ، ومتن التنقيح وتوضيحه لصدر الشريعة ج١ ص ١٥٠ طبعة الخيرية ، وطبعة صبيح ، و د . محمد محمد المهدي فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٢٩ .

(٥٣) أنظر التلويح على التوضيح ج١ ص ١٥٠ .

(٥٤) تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية للشيخ محمد على حسين ج١ ص ١٥٧ طبعة دار المعرفة ببغروت .



## ١٦ — مناقشة القائلين بأن الحق هو متعلق الحكم « الفعل » :

ان تعريف هذا الاتجاه للحق بالفعل ، تعريف لا يخلو من مقال للآتى :

(١) الحق لا يعرف « بالفعل » ، لان الفعل محل الحق لا نفس الحق ، وعلى هذا فتعريف الحق بالفعل مردود(٥٥) .

(ب) كما أن الفعل أيضا أمر محسوس أى يدرك بالحس ، بخلاف الحق فهو أمر معنوى ، وعلى هذا فالحق ليس هو الفعل كما يدعى هذا الفريق ، لان الحق أمر معنوى ، يعد بمثابة علاقة تربط أكثر من شيء واحد ، فهو — هنا — يرتبط بالحكم باعتباره مصدرا للحق ومنشئا له . ويرتبط بالفعل — المحكوم فيه — باعتباره محلا للحق . ويرتبط بالحكوم عليه — المكلف — باعتباره مكلفا بأداء الحق ، كما يرتبط كذلك بالحاكم وهو الله جل وعلا فى كل شيء باعتباره صاحب الحق ومقرره ، فهو المانح بارادته ومشيئته لكل الحقوق(٥٦) .

(ج) يضاف الى ما سبق أن الحكم أعم من الفعل ، والفعل أعم من الحق . فليست الحقوق كلها من قبيل الأفعال ، كما أنه يوجد من الأفعال ما لا يدخل فى دائرة الحقوق . وعليه فلا يصح تعريف الحق بالفعل(٥٧) .

## ١٧ — الاتجاه الذى عرف الحق بأنه امتثال للأوامر واجتناب للنواهي :

لقد اتجه بعض الأصوليين الى تعريف الحق ، فمالوا الى أن الحق أمر معنوى ، ولذا عرفوه بأنه : امتثال لأوامر الله تعالى ، واجتناب لنواهيه .

---

(٥٥) انظر : ادرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاطئ ج١ ص١٤٢ ، طبعة دار المعرفة ببيروت ، و د . على أحمد مرعى فى المرجع السابق ص٩ ، و د . محمد محمد المهدي فى المرجع السابق ص٣٠ .

(٥٦) ادرار الشروق لابن الشاطئ ج١ ص١٤٢ ، وراجع فى هذا المعنى د . على مرعى ص٩ ، و د . محمد المهدي ص٣٠ ، ٣١ .

(٥٧) د . على أحمد مرعى فى حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة ط ١٩٨٣ ص٩ .

ومن هذا القبيل قول من قال : « الحق معناه اللزوم له على عباده ،  
واللزم على العباد لابد أن يكون مكتسبا لهم » (٥٨) .

ويرد على هؤلاء بأن تعريف الحق بأنه امتثال للأوامر واجتناب للنواهي  
تعريف فيه نظر ، لان من الحقوق ما لا يتوافر فيه الامتثال ، ومع هذا  
لا يخرج عن دائرة الحقوق (٥٩) .

#### ١٨ — الاتجاه الذي عرف الحق بالمضمون :

لقد عبر الامام الشاطبي عن الحق بمضمونه فقال في ذلك : « كل حكم  
شرعى ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فان حق الله على  
العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا ، وعبادته — هي — امتثال أوامره  
واجتناب نواهيه باطلاق . كما أن كل حكم شرعى فيه حق للعباد اما عاجلا  
واما آجلا ، بناء على أن الشريعة انما وضعت لمصالح العباد ، ولذلك قال  
في الحديث ( حق العباد على الله اذا عبدوه ولم يشركوا به شيئا الا يعذبهم ) ،  
وعادتهم في تفسير حق الله ، أنه ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف ،  
كان له معنى معقول أو غير معقول . وحق العبد ما كان راجعا الى مصالحه  
في الدنيا ، فان كان من المصالح الآخروية فهو من جملة ما يطلق عليه حق  
الله » ، ومعنى التعبد عندهم « أنه ما يعقل معناه على الخصوص ، وأصل  
العبادات راجعة الى حق الله ، وأصل العبادات راجعة الى حقوق العباد »  
الى أن يقول : « والانفعال بالنسبة الى حق الله أو حق الآدمي ثلاثة أقسام :  
أحدها : ما هو حق الله خالصا كالعبادات وأصله التعبد .. (٦٠) الى آخره .

---

(٥٨) أذرار الشروق ج١ ص ١٤٢ .

(٥٩) د . على أحمد مرعى في المرجع السابق ص ٩ ، ١٠ .

(٦٠) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ( وهو  
إبراهيم بن موسى المالكي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ) ج ٢ ص ٢٢١ ، طبعة  
السلفية .

نخلص من هذا النص ان الامام الشاطبي لم يقل صراحة ان الحق هو الحكم ، ولم يقل ايضا ان الحق هو الفعل ، وانما عبر عن مضمون الحق ، وقد جاء في تعبيره عن هذا المضمون ان كل حكم شرعى ليس بخال عن حق الله تعالى وحق العباد . وقد صنع نفس الشيء بالنسبة للفعل فقال : بأنه لا يخلو عن حق الله تعالى وحق العباد . وهذا التعريف فيه من الدقة ما فيه ، فقد امكنه بهذا التعريف ان يتجنب ما وقع فيه غيره من هثرات ، الا انه مع ذلك تعريف لمضمون الحق ، وقد قال به لكى لا يذكر تعريفا صريحا للحق ، قد يؤدى به الى الوقوع فيما وقع فيه غيره من علماء الاصول .

والانصاف يقتضى منا ان نقرر بأن هذا التعريف للحق بمضونه ، بعد من ادعى ما عبر به عن هذا المضمون ، ويعتبر « الشاطبي » افضل من عبر عن الحق من الاصوليين فى نظرنا وان كان — كما اسلفنا — لم يذكر تعريفا صريحا له ، وهذا لا يفض من جهده فى هذا الشأن .

### المطلب الثالث

#### التعريف بالحق عند فقهاء المسلمين الأوائل

#### ١٩ — الإطلاقات المتعددة للحق عند الفقهاء القدامى (٦١) :

ان علماء الفقه القدامى يطلقون فى عباراتهم كلمة « الحق » على معان مختلفة ومتعددة يصعب حصرها ، ومرجع ذلك انهم اكتفوا بوضوح دلالاته ومعناه ، فضلا عن وفائه بجميع استعمالاته فى اللغة ، وكافة علوم ومخاطبات الناس . ونذكر من هذه المعانى على سبيل المثال ما يلى :

١ — اطلاق الحق على الآثار او الالتزامات التعاقدية : فقد أطلق بعض الفقهاء على الآثار او الالتزامات التى تترتب على العقد وتتصل بتنفيذ

---

(٦١) د . على أحمد مرعى فى حق النفقة الزوجية ط ١٩٨٣ ص ١٠ .

أحكامه ، مثل تسليم الثمن الحال أولاً ثم تسليم المبيع (١٢) .

ومن هذا القبيل قولهم : « من باع سلعة بثمن ، سلمه أولاً ، تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين ، لأن المبيع يتعين بالتعيين ، والثمن لا يتعين إلا بالقبض ، فلهذا اشترط تسليمه إلا أن يكون مؤجلاً ، لأنه أسقط حقه بالتأجيل فلا يسقط حق الآخر » (١٣) .

٢ — اطلاق الحق على كل ما وجب وثبت : وقد جاء في هذا المعنى في كتاب مجمع الانهر القول بأن : « الحقوق جمع حق وهو خلاف الباطل » وهو مصدر حق الشيء من باب ضرب وقتل ، اذا وجب وثبت ، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها » (١٤) .

٣ — اطلاق الحق على ما ينح للقضاة والفقهاء من بيت المال فقد جاء هذا المعنى في قول بعضهم : « ... من له حق في ديوان الخراج — بيت مال المسلمين — كالمقاتلة والعلماء وطلبتهم والمفتين والفقهاء ، ويفرض لأولادهم تبعاً ، ولا يسقط بموت الاصل ترغيباً » (١٥) .

(٦٢) يعلق الشيخ على الخفيف ، على الاطلاقات المتعددة للحق عند الفقهاء القدامى بقوله : « استعمل علماء الفقه الاسلامي اسم الحق كثيراً في مواضع مختلفة ، وفي معان عديدة متميزة ذات دلالات مختلفة ، على الرغم من انتظامها في معنى واحد يجمعها هو الثبوت ، ومع كثرة استعمالهم له ، لم يعنوا ببيان حدوده في مواضع استعمالاته المختلفة ، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ، ودلالته ، ووفائه لجميع استعمالاته في اللغة ، وعلوم ومخاطبات الناس ... » . نظر : التصرف الانفرادي والارادة المنفردة ص ٩ .

(\*) د . علي أحمد مرعي ص ١٠ ، ١١ .

(٦٣) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مردود الموصلی ج ٢ ص ١٢ طبعة دار المعرفة بيروت .

(٦٤) مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر للفتية محمد بن سليمان المعروف بداماد ج ٢ ص ٩٠ طبعة دار احياء التراث العربي .

(٦٥) الاشباه والنظائر لابن خنيم (لزن العابدين بن ابراهيم بن خنيم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ هـ) ص ١٢١ طبعة الحلبي .

٤ — اطلاق الحق على بعض مرافق العقار : فقد جاء في ذلك قول بعضهم : « ... ولا يدخل الطريق في بيع ماله طريق ، ولا يدخل المسيل في بيع ماله مسيل ، ولا يدخل الشرب في بيع ماله شرب ، الا بذكر نحو كل حق ، لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع ، فلا يدخل الا بذكر نحو كل حق » (٦٦) . وقد ورد في العديد من كتب الفقه التعبير عن مرافق العقار بالحقوق ، مثل حق الطريق ، وحق المسيل ، وحق الشرب ، وحق العلو .... الخ .

هذه هي بعض المعاني التي طلق عليها الفقهاء في كتبهم لفظ الحق ، وهي — كما قلنا — معان عديدة لا تخفى على من يتتبع كلام الفقهاء في هذا الصدد .

## ٢٠ — تعريف الحق عند الفقهاء القدامى :

لم يفرد الفقهاء القدامى الحق بالتعريف استقلالا ، بل تناولوا معنى الحق عند تعرضهم لبيان بعض انواع الحقوق كحق الملك . فقد عرفوه بعدة تعريفات مختلفة ومتشعبة في ثنايا الكتب الفقهية ، والباعث على هذا الاختلاف ، هو ان حق الملك قد اُشكل ضبطه على كثير من الفقهاء ، وقد أدى هذا الى اختلافهم في تعريفه الشرعى (٦٧) . ولذا سنعرض لبعض تعريفات حق الملك في المذاهب الاربعة :

### (١) تعريف حق الملك عند الحنفية :

عرفه صدر الشريعة بأنه : « اتصال شرعى بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير » (٦٨) .

---

(٦٦) مجمع الانهر في شرح ملتقى الابرار للفييه داماد ج٢ ص ٩١ .

(٦٧) الفروق للقرافى ج٢ ص ٣٠٨ .

(٦٨) أنظر : شرح الوقاية في مسائل الهداية ج٢ ص ١٩٦ .

وعرفه الكمال بن الهمام بقوله : « الملك قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف » (٦٩) ، وقد أضاف ابن نجيم لهذا التعريف قيد « الا لمانع » (٧٠) .

وعرفه الفنرى قائلا : « ان الملك عبارة عن ، المطلق الحاجز » (٧١) .  
وعرفه الحاوى القدسي بقوله : « ان الملك هو الاختصاص الحاجز » (٧٢) .

وعرفه ابن عابدين فقال : « الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص » (٧٣) .

#### (ب) تعريف حق الملك عند المالكية :

عرفه القرافي بقوله : « الملك حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة ، يقتضى تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك » (٧٤) .

وعرفه ابن الشاط بقوله : « الملك تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنياية من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة » (٧٥) .

- 
- (٦٩) فتح القدير ج٥ ص ٧٤ .  
(٧٠) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .  
(٧١) حاشية الفنرى على التلويح ج١ ص ٢١٠ .  
(٧٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .  
(٧٣) حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ( محمد أمين الشهرى بابن عابدين المتوفى سنة ١٩٥٢ هـ ) ج٤ ص ٥٠٢ .  
(٧٤) الفروق للقرافى ج٣ ص ٢٠٩ .  
(٧٥) حاشية ادرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط ج٣ ص ٢٠٩ .

وعرفه ابن عرفه فقال : « الملك استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما لا بنبأية » (٧٦) .

### (ج) تعريف حق الملك عند الشافعية :

عرفه تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي في كتابه الاشباه والنظائر بقوله : « والمختار في تعريفه — أى حق الملك — أنه أمر معنوى ، وإن شئت قلت : حكم شرعى يقدر فى عين أو منفعة ، يقتضى تمكن من ينسب اليه من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك » (٧٧) .

وعرفه ابن الدهان بأنه : « اختصاص شرعى بعين منتفع بها » (٧٨) .  
وعرفه المروزي فى ثنايا كتابه طريقة الخلاف عدة تعريفات منها :  
حق الملك : « نسبة شرعية مقتضية لاطلاق الانتفاع بحسب المحل » (٧٩) .

وتعريف آخر لحق الملك بأنه : « اختصاص يقتضى اطلاق الانتفاع والتصرف » (٨٠) .

---

(٧٦) الحدود لمحمد بن عرفة ص ٤٦٦ .  
(٧٧) أنظر : الاشباه والنظائر للسبكي ( مخطوط ) ص ٥٧ مشار اليه فى رسالة الدكتور عبد الله بن عبد العزيز المصلح ص ٧ ، والاشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٦ .

(٧٨) تقويم النظر ( مخطوط ) لابن الدهان أبو شجاع محمد بن علي المعروف بابن الدهان ) ، وقد أشار اليه الدكتور عبد الله بن عبد العزيز المصلح آل شاكر فى قيود الملكية الخاصة ص ١١١ ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الفقه من المعهد العالى للقضاء بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض على الآلة الضاربة سنة ١٤٠١ هـ .

(٧٩) طريقة الخلاف ( مخطوط ) للمروزي ( القاضي حسين بن محمد المروزي المتوفى سنة ٤٦٢ ) ص ١٣٢ ، مشار اليه فى رسالة عبد الله ابن عبد العزيز المصلح ص ٧ .

(٨٠) طريقة الخلاف ص ١٣٤ ، مشار اليه فى رسالة عبد الله المصلح ص ٨ .

وأيضا عرف بانه : « اختصاص مطلق له — أى للمالك — على الاستبدال » (٨١) .

#### (د) تعريف حق الملك عند الحضالة :

عرفه ابن تيمية بقوله : « الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة » (٨٢) .

#### ٢١ — مأخذ على تعريف حق الملكية عند الفقهاء القدامى :

يمكننا أن نستخلص مما سبق ذكره من التعريفات المختلفة لحق الملكية ، أن فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى قد اختلفت انظارهم في المعنى الاصطلاحي لحق الملكية ، فمنهم من نظر اليه باعتباره حقيقة شرعية أو حكما اقره الشارع ورتب عليه آثارا ونتائج ملزمة ، ومنهم من نظر اليه على أساس موضوعه وثمرته وآثاره ، ومنهم من نظر اليه باعتباره علاقة بين المالك والمملوك (٨٣) .

ويرد على هذه التعريفات السابقة المأخذ الآتية :

١ — أن هذه التعريفات خاصة بحق الملك ، والمراد هو التعريف العام للحق مجردا عن محاله في جميع صوره ، وهذه التعريفات خاصة بحق الملك ، وهو أحد صور الحق التي يوجد فيها ، ولا يعد بمثابة تعريف للحق ذاته .

---

(٨١) طريقة الخلاف ص ١٥٠ ، مشار اليه في رسالة د . عبد الله المصلح ص ٨ .

(٨٢) أنظر : القواعد النوارنية الفقهية لابن تيمية ص ٢١٨ ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ج ٢٩ ص ١٢٨ وص ١٩٦ .

(٨٣) د . عبد الله عبد العزيز المصلح في قيود الملكية الخاصة ( رسالة على الآلة الضاربة سنة ١٤٠١ هـ ) ص ٨ .



٢ — كل هذه التعريفات تتناول آثار الحق ، كالاختصاص أو الانتفاع ، أو الرابطة التي تقوم بين المالك والشيء المملوك ، لانه لا يمكن أن نتصور وجود اختصاص أو انتفاع أو رابطة بين مالك و شيء مملوك ، الا بعد ثبوت حق الملك ، لان من آثار حق الملك أن يثبت صاحبه ، الاختصاص الحاجز ، أو الانتفاع الشرعى ، أو الرابطة الموضوعية بين المالك والشيء المملوك ، وكلها — كما قلنا — توجد بعد وجود حق الملك ذاته .

٣ — ويرد على هذه التعاريف أيضا بعض ما ورد على تعاريف علماء أصول الفقه للحق ، لان التعريفات التي ذكرها الفقهاء القدامى تتجلى فيها الامور التالية :

(أ) ان حق الملكية اختصاص أو علاقة يختص الانسان فيها بشيء .  
(ب) وان موضوع هذا الاختصاص ، هو القدرة على الانتفاع والتصرف في هذا الشيء .

(ج) وأن هذا الانتفاع أو التصرف قد يمنع لمانع ، ويتم أصالة أو وكالة (٨٤) .

وعلى هذا فيمكن الرد على هذه التعريفات — كما قلنا — بنفس . ما رددنا به على تعريفات علماء أصول الفقه ، وأهم مأخذ يرد على كل هذه التعريفات انها تتناول حقا واحدا من صور الحق التي يوجد فيها ، والمراد هنا هو تعريف الحق بذاته تعريفا عاما مجردا عن محاله في جميع صورته (٨٥) .

---

(٨٤) راجع : د . عبد الله المصلح في رسالته ص ١٨ .  
(٨٥) انظر في هذا المعنى : د . محمد محمد المهدي في محاضرات في نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٣٢ ، ٣٣ ، و د . على أحمد في حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة ط ١٩٨٣ ص ٩ ، ١١ .

## المطلب الرابع

### التعريف بالحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين

#### ٢٢ — تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين :

ذكر المعاصرون من الباحثين في الفقه الاسلامي للحق تعريفات مستقلة بعبارات مختلفة ، وقد حاول كل فقيه او باحث أن يتناول تعريف الحق بالبيان ، فتمددت التعريفات ، بل وكثرت الى الحد الذي يصعب معه حصرها أو الإحاطة بأغلبها . لذا تقتصر على ذكر بعضها فيما يلي :

- ١ — الحق « مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثثار يقررها المشرع الحكيم » (٨٦) .
- ٢ — الحق « ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعا ، أو بأنه مصلحة مستحقة شرعا » (٨٧) .
- ٣ — الحق « مصلحة ثابتة » للفرد أو المجتمع ، أولهما معا ، يقررها الشارع الحكيم » (٨٨) .
- ٤ — الحق « كل مصلحة تثبت باعتبار الشارع » (٨٩) .
- ٥ — الحق « اختصاص يقربه الشرع سلطة أو تكليفا » (٩٠) .
- ٦ — الحق « هو الشيء الذي يختص به صاحبه ويقرره الشرع » (٩١) .

- 
- (٨٦) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى في المدخل للفقه الاسلامى ص ٣٠٥ ،  
وفي مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة العدد الاول ص ٨ .  
(٨٧) الشيخ على الخفيف في التصرف الانفرادى والارادة المنفردة  
ص ١٠ ، وفي الحق والذمة وتأثير الموت فيهما ص ٣٧ .  
(٨٨) د . محمد يوسف مرسى في مدخل الفقه الاسلامى ص ٢١١ .  
(٨٩) الشيخ محمد مصطفى شلبى في المدخل للفقه الاسلامى ص ٢٣٨ .  
(٩٠) د . مصطفى الزرقا في الفقه الاسلامى في ثوبه الجديد الطبعة  
الثانية ١٩٤٩ ، ج ٢ ص ١١٠ .  
(٩١) الشيخ زكريا البرديسى في مجلة ادارة قضايا الحكومة ص ٢١١ .  
ع ٣ ص ٣٩٢ .

٧ — الحق « ما ثبت في الشرع للانسان ، أو لله تعالى على الغير » (٩٢) .

٨ — الحق « ما أدى شرعا الى اختصاص بسلطة مطالبة بفعل أو ترك » (٩٣) .

وهذه التعريفات جميعها لم تسلم من المآخذ ، وهذا لا يفض من جهد من قاموا بها ، وان كان كل تعريف منها ركز على شيء وأهمل مآعده ، ولذلك سنعرض للمآخذ التي وردت عليها ، وما نراه منها أولى بالقبول لمقارنته من المعنى الاصطلاحي العام للحق ، وما ينبغي استبعاده ، وذلك في اطار ما التزمنا به من الاجار والتركيز .

### ٢٣ — المآخذ الواردة على تعريف الفقهاء المعاصرين للحق :

ان أهم المآخذ التي ترد على التعريفات السابقة للحق هي :

١ — ان هذه التعريفات جميعها — ماعدا التعريف الثامن — قد نظرت لصاحب الحق دون غيره ، فركزت عليه وأبرزته ، مع أن الحق لا يتعلق بصاحبه وحده ، وانما يتعلق أيضا بهن عليه الحق ، وبالشئ المستحق أو محل الحق ، وفضلا عن ذلك الرابطة أو العلاقة التي تربط بين هذه العناصر التي يقوم عليها الحق ، ولذا يمكننا أن نقول بأن هذه التعريفات لم تكن سوى مجرد تعريف لاحد عناصر الحق ، ولا تعد تعريفا للحق ذاته (٩٤) .

٢ — ويؤخذ على التعريفات الاربع الاول التي عرفت الحق بأنه مصلحة ، ان هذا لا يتفق مع المنهج الاسلامي لامر من :

---

(٩٢) د . أحمد فهمي أبو سنة في النظرية العامة للمعاملات ص. ٥٠ ، وفي نظرية الحق في الفقة الاسلامي ص ٧٥ .

(٩٣) د . علي أحمد مرعى في حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة ط ١٩٨٣ ص ١٣ ، ١٤ .

(٩٤) د . علي مرعى في المرجع السابق ص ١٣ ، و د . محمد المهدي في محاضرات في نظرية الحق ص ٣٥ .

**الاول :** ان المصلحة اثر من آثار الحق وليست هى عين الحق ، أو المصلحة هى ما يبتغيه الانسان أو الشخص من الحق ، فهو غاية ، ولا ينبغى تعريف الحق بالغاية منه أو بأثره ، وانما يكون التعريف ببيان حقيقة المعرف وابرار جوهره .

**الثانى :** ان المصلحة فى المنهج الاسلامى ، لا تعود دائما الى صاحب الحق ، لان صاحب الحق فى الفقه الاسلامى ، اما أن يكون هو الله تعالى ، ولا يتصور فى حقوق الله تعالى الثابتة له ، أى مصلحة له فيها ، لانه سبحانه وتعالى غنى عن العالمين ، واما أن يكون غيره ، وعندئذ يمكن تصور عود المصلحة اليه باعتباره المستفيد منه ، وعلى هذا فالتعريف بالمصلحة تعريف قاصر ومقتقد (٩٥) .

وبالاضافة لما سبق فانه يؤخذ أيضا على من عرف الحق بأنه مصلحة مستحقة (٩٦) ، ان لفظ مستحقة من الحق فيلزم الدور (٩٧) .

٣ — ويؤخذ على من عرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثناء بقررها المشرع الحكيم — الى جانب ما تقدم — ان التعريف غير جامع لانه لم يشتمل على حقوق الله تعالى ، وهذا المأخذ أيضا يرد على من عرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، فهو أيضا لم يشر فى تعريفه الى حقوق الله تعالى .

٤ — ويؤخذ على من عرف الحق بأنه اختصاص يقر به الشارع أو الشرع سلطة أو تكليف ، انه تعريف غير جامع لانواع المعرف لعدم شموله للحق المشترك .

---

(٩٥) انظر فى هذا المعنى : المرجعان السابقان ص١٣ ، ص٣٤ على التوالى .

(٩٦) سنعرض لتعريف الحق بالمصلحة ، والانتقادات الموجهة لهذا المسلك ، عندما نتناول التعريف بالحق عند فقهاء القانون الوضعى ، وعلى الاخص عند عرضنا للاتجاه الموضوعى أو المذهب الموضوعى فى تعريف للحق فليرجع اليه .

(٩٧) د . على أحمد مرعى فى المرجع السابق ص١٣ .

٥ — ويؤخذ على من عرف الحق بأنه ما ثبت في الشرع للانسان او الله تعالى على الغير ، أن تعريفه غير جامع لا يشمل حقوق الشخص المعنوى و الاعتبارى العام و الخاص ، فالتبرع لجهة الوقف ، او لاحدى الجمعيات الشرعية الخاصة ، يعطى لهما الحق فى المتبرع به فى نطاق القانون ، وقد تجاهل التعريف ذلك او أهمله .

٦ — ويؤخذ على من عرف الحق بأنه ما ادى شرعا الى اختصاص بسلطة او مطالبة بفعل أو ترك (٩٨) ان هناك من الحقوق ما لا يعطى لصاحبه اختصاص بسلطة او مطالبة بفعل أو ترك ، كالحقوق المباحة للجميع ، سواء اكانت الاباحة عامة من الشارع مثل اباحة الكلا الذى ينبت فى بعض مراعى الصحراء ، والماء الجارى فى الانهار او المتدفق من العيون فى الصحراء بلا جهد ، وكذا النار . أم كانت من المشرع الوضعى كحق الجلوس فى الحدائق المفتوحة للجمهور بلا مقابل — ان وجدت — وحق السير على الارصفة أو مناطق عبور المشاة فى الشوارع ... فهذه مباحات ، لا تخول صاحب الحق فيها سلطة الا اذا منع منها بغير وجه حق . فالتعريف لم يشمل النص على الحق فى هذه المباحات ، لان الاختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك ، لا يدخل فيها الحق فى المطالبة بالمباح اذا منع منه ، وهو حق بلا ريب ، ولذا يعد التعريف غير جامع لافراد المعرف .

ومع ذلك فهو من أفضل التعريفات التى وردت فى بيان جوهر الحق فى نظرنا ، ويمكن أن يضاف اليه عبارة « أو بمباح اذا كان المنع منه بغير وجه حق » فيصير التعريف كالتالى :

الحق ( ما ادى شرعا الى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك أو بمباح اذا كان المنع منه بغير وجه حق ) فيسلم بذلك مما أوردناه عليه .

---

(٩٨) راجع الشرح التفصيلى لهذا التعريف فى مؤلف استاذنا الدكتور على أحمد مرعى فى حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٣ ص ١٣ ، ١٤ .

## المبحث الثانى التعريف بالحق عند فقهاء القانون الوضعى

### ٢٤ — صعوبة وضع تعريف للحق :

إذا كان وضع تعريف لظاهرة معينة يعد من الصعوبة بمكان لدقة هذه المسألة وخطورتها ، فإن هذه الصعوبة تبلغ منتهاها إذا كان هذا التعريف لاحدى الظواهر القانونية أو الاجتماعية ، لأن هذه الظواهر تقتزن بصفة التجريد أى أنها تنطبق على حالات فردية عديدة لا يمكن حصرها ، ومن ثم فإن وضع تعريف يضم مثل هذه الحالات جميعا يفقدو أمرا عسيرا ، يؤدي فى الغالب الى وضع يستحيل معه السلامة من النقد أو التجريح . ولهذا قيل بحق : ان « كل تعريف أمر خطر

Omnis definitio Periculosa est » (١)

وقد استغل الفقيه الفرنسى ديجى Léon Duguit صعوبة وضع تعريف سليم للحق ، وجعل من ذلك سببا أو حجة تضاف الى الحجج التى ساقها لانكار فكرة الحق ، ففى رأيه أن هذه الفكرة طالما تستعصى على التعريف فهى أذن غير موجودة (٢) . وإذا ما سائرنا ديجى فى منطقة هذا لادى ذلك الى أن ننكر وجود معظم الظواهر القانونية ، مع أن الامر المعلوم والمسلم به لدى الجميع أن التعريف بكثير من الافكار خصوصا فى ميدان العلوم الاجتماعية هو من أشق الامور وأصعبها ، وعلى ذلك فإن عدم امكان وضع تعريف من Satisfaisance للحق لا يكفى فى حد ذاته لانكار ديجى وجود فكرة

---

(١) انظر : د . عبد المنعم البدر اوى فى مبادئ القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ ، و د . أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثانى — مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٣ فقرة ٧٤ ص ١٣٥ .

(٢) وقد عرض هذا الفقيه وجهة نظره فى فكرة الحق واسانيده التى يدعم بها رأيه فى انكار وجود هذه الفكرة ، وذلك فى مؤلفه traité de droit constitutionnel ج ١ ط ٢ س ١٩٢١ ، و ط ٣ س ١٩٣١ .

الحق ، ومن باب أولى لا يمنع أو يعوق المحاولات التى بذلت أو تبذل لوضع تعريف له (٢) .

## ٢٥ — الاتجاهات القانونية المختلفة فى التعريف بالحق :

ان انكار ديجى لفكرة وجود الحق لم يمنع فقهاء القانون من محاولة وضع تعريف له ، وقد استمرت هذه المحاولات مدة ليست بالقصيرة ، ولكن مع ذلك باءت معظم هذه المحاولات الفقهية بالفشل فى الاتساق على مذهب واحد أو حتى على صيغة واحدة ، وتفرقت وجهات النظر ، فكل اتجاه يجيز تعريفا يؤكد فيه على جانب من جوانب الحق ، ومن يستقرئ هذه التعاريف يمكنه أن يتبين منها أربعة أنكار ، يمكن رد كل التعريفات التى اقترحها الفقهاء اليها ، لأنها تجمع شتات هذه الافكار وتوجهها ، والاتجاهات الاربعة هى :

اتجاه ينظر الى الحق من ناحية صاحبه وشخصه ، واتجاه ثان ينظر اليه من حيث محله وموضوعه أو مضمونه ، واتجاه ثالث يبرز

---

وقد عرض ديجى لحق الملكية نعرفه بأنه — بالنسبة لكل من يحوز ثروة — واجب ، أو التزام ذو صفة موضوعية باستعمال الثروة التى يحوزها — الثرى — فى ايجاد التعاون الاجتماعى ، وذلك بصيانتها وزيادتها لهذا الغرض راجع مؤلفه : *les transformations générales du droit privé* ( depuis le 1<sup>er</sup> Janv. 1928, P. 574. ) ورأى كلسن

قريب الشبه برأى ديجى ، راجع فى هذا المعنى : د . توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ٢ ص ١٩٨١ ص ٤٣٨ هامس ١ ، و د . حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ١٣ ص ٢٠ .

(٣) د . عبد المنعم البدرأوى فى المرجع السابق ص ٢٦١ ، و د . أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١٣٥ ، و د . توفيق حسن فرج فى المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ .

شخص الحق وبضمونه معا ، أى يمزج بين الاتجاه الاول والثانى ، واتجاه رابع يبرز عنصرا جديدا هو الاستئثار (٤) .

وبناء على ذلك سى الاتجاه الاول بالاتجاه الشخصى أو بالمذهب الشخصى ، وسى الثانى بالاتجاه الموضوعى أو بالمذهب الموضوعى ، وسى الثالث بالاتجاه المختلط أو بالمذهب المختلط ، وسى الرابع بالاتجاه الحديث أو بالمذهب الحديث . ونتناول هذه الاتجاهات أو المذاهب بايجاز ، ثم نعرض لوجه الاختلاف بين الحق فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وذلك فى المطالب التالية :

**المطلب الاول :** الاتجاه الشخصى أو المذهب الشخصى فى التعريف بالحق .

**المطلب الثانى :** الاتجاه الموضوعى أو المذهب الموضوعى فى التعريف بالحق .

---

(٤) راجع فى هذه الاتجاهات أو المذاهب بتوسع : د . عبد المنعم البدر اوى فى مبادئ القانون الكتاب الثانى — النظرية العامة للحق ط ١٩٧٠ و ط ١٩٧٢ فقرة ١٧٧ وما بعدها ، و د . حسن كبره فى المدخل الى القانون — القسم الثانى — فى النظرية العامة للحق ط ٥ س ١٩٧٤ فقرة ٢٢٧ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثانى — مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٢ فقرة ٧٥ وما بعدها ، و د . توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية — القسم الثانى — نظرية الحق ط ٢ س ١٩٨١ فقرة ٢٦٥ وما بعدها ، و د . محمد سامى مذكور فى نظرية الحق ط ١٩٥٤ ص ٧ وما بعدها ، و د . اسماعيل غانم فى محاضرات فى النظرية العامة للحق ط ٢ س ١٩٥٨ ص ٩ وما بعدها ، و د . مختار القاضى فى أصول الحق ط ١٩٦٧ ص ٢٤ وما بعدها ، و د . حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ١٥ وما بعدها ، و د . عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١٧٢ ، ١٧٢ ، و د . لاشين محمد الغاياتى فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٧٩ ص ٥ وما بعدها ، و د . محمد شكرى سرور فى النظرية العامة للحق ط ١٩٧٩ فقرة ٥ وما بعدها ، و د . محمد محمد المهدي فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٥ وما بعدها .



**المطلب الثالث :** الاتجاه المختلط أو المذهب المختلط في التعريف بالحق .

**المطلب الرابع :** الاتجاه الحديث أو المذهب الحديث في التعريف بالحق .

**المطلب الخامس :** أوجه الاختلاف بين الحق في الفقه الاسلامي

والقانون الوضعي .

## **المطلب الاول**

**الاتجاه الشخصي أو المذهب الشخصي في**

**التعريف بالحق**

**٢٦ - فحوى الاتجاه الشخصي :**

ان هذا الاتجاه يعرف « الحق » من خلال النظر الى شخص صاحبه ، فيرى ان لصاحب الحق ارادة مهيمنة في نطاق معلوم ، ولذلك يسمى هذا الاتجاه ايضا بنظرية الارادة (ه) ، ويعرف الحق بأنه : « قدرة أو سلطة ارادية يخولها القانون لشخص معين في نطاق معلوم » (٦) فالقدرة أو السلطة الارادية (Pouvoir de volonté) حين يعترف بها القانون لشخص من الاشخاص ، فانما يكفل له بذلك نطاقا تسود فيه ارادته مستقلة عن اية ارادة أخرى . وهذا الاتجاه يتصل اتصالا وثيقا بالمذهب الفردي وما يتفرغ عنه من سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك انشاء الحقوق كما تملك تغييرها وانهاءها ، ولذا يسمى هذا الاتجاه بالمذهب الشخصي أو مذهب الارادة (la doctrine de la volonté) (٧) .

---

(ه) د . اسماعيل غانم في محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٩ ،  
و د . أحمد سلامة في المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ١٣٦ ، و د . محمد محمد  
المهدي في محاضرات في نظرية الحق ص ه .

(٦) انظر : د . عبد النعم البدر اوى فقرة ١٧٧ ص ٢٦١ ، و د حسن  
كيره فقرة ٢٢٧ ص ٤٣١ ، و د . أحمد سلامة فقرة ٧٥ ص ١٣٦ ، و د . توفيق  
حسن فرج فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٠ .

(٧) د . توفيق حسن فرج فقر ٢٦٥ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ ، و د . أحمد  
سلامة فقرة ٧٥ ص ١٣٦ ، ١٣٧ ، و د . اسماعيل غانم ص ١١ ، ١٢ ،  
و د . حسن كيره فقرة ٢٢٧ ص ٤٣١ .

وقد كان من أبرز زعماء هذا الاتجاه بعض الفقهاء الألمان وعلى رأسهم ويند شايد ( Windscheid ) وسافيني ( Savigny ) وجيرك ( Gierke ) ، وتعتبر هذه النظرية من أقدم النظريات التي تعرضت لتعريف الحق حتى أنها سميت أيضا باسم النظرية التقليدية *la théorie classique* . والذي يلفت النظر في تعريف هذا الاتجاه للحق بأنه قدرة ارادية ، أن هذه القدرة أو السلطة الارادية لا يمنحها الشخص لنفسه ، وإنما يمنحها له القانون . فمثلا لا يمكن أن نتصور ثبوت حق شخصي للشخص على نفسه ، والا كان لهذا الشخص — بموجب ما لارادته من سيادة — أن يتصرف في نفسه ذاتها ، فيغدو الانتحار على هذا النحو أمرا مشروعاً ، ولكن هذا الامر غير مشروع ، لان الزادة لا تسيطر من نفسها بمعزل عن القانون ، وإنما تتحرك في نطاق القانون ، فهو الذي يقرها ويرسم لها حدودها ، وان كان تدخل القانون بوضع قواعد معينة لا يقلل من سلطان ارادة صاحب الحق في نظر « ويند شايد » لان ارادة صاحب الحق تظل تتسلط على الشيء محل الحق ، فمثلا المالك له حرية التصرف فيما يملك ، والدائن له أن يقتضى حقه من المدين أو يتنازل عنه ، وهذا يعنى أن ارادة صاحب الحق تكون هى الحاسمة فى انشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها — كما قلنا — فمهما كانت أهمية أحكام القانون ، فان هذا الاتجاه الشخصى حسب أصوله المنطقية ، لا يتصور الحق على الإطلاق بلا ارادة فردية ، فاذا لم يكن ثم ارادة ، فلا ينشأ حق ، ولا ينتقل ، ولا ينقضى ، لان القانون بمفرده لا يستطيع أن يفرض على الشخص حقا أو حقوقا ، لان الارادة هى التى تملك هذه السلطة اذا ما اتفقت مع القانون ، أى فى حدود الشرعية القانونية (٨) .

## ٢٧ — رفض الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق :

لقد جوبه هذا الاتجاه بنقد شديد من قبل الغالبية العظمى فى الفقه القانونى الحديث وكان من أهم الانتقادات التى وجهت اليه ، أنه اتجاه

---

(٨) د . أحمد سلامة ص ١٢٧ ، و د . محمد شكزى سرور فقرة ٥

أو مذهب يتعارض مع الواقع لانه يربط بين الحق وبين الارادة ربطا غير صحيح على الإطلاق ، كما انه يخلط بين جوهر الحق وبين اعماله أو مباشرته (٩) . ونوضح مضمون هذا النقد في ايجاز فيما يلي :

**أولا :** يتعارض هذا الاتجاه مع الواقع القانوني من النواحي التالية :

١ — من المسلم به ان جميع الشرائع تؤكد أن لعدمي الارادة حقوقا كما لحائزها سواء بسواء ، فالمجنون ، والصغير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم انه فاقد الارادة ، ولو كانت الارادة هي جوهر الحق لما جاز الاعتراف لهما بأى حقوق . وعلى ذلك فالربط بين الحق والارادة يعد ربطا مرفوضا لعدم صحته ومنافاته للواقع الملموس (١٠) . هذا من ناحية .

---

(٩) انظر : د . اسماعيل غانم في المرجع السابق ص ١٠ ، ١١ ، و . أحمد سلامة فقرة ٧٦ ، من ١٣٧ وما بعدها ، و د . محمد سامى مذكور في المرجع السابق ص ٧ ، ٨ .

(١٠) وقد حاول الفقيه الالماني « ويند شايد » أن يرد على هذا النقد اللازم ، والاعتراض الحاسم ، بالقول بأن الارادة المقصودة هي ارادة القانون أو المشرع الوضعي لا ارادة صاحب الحق ، فلا يهم ما اذا كان لصاحب الحق ارادة أم لا طالما أنه يستخدم ارادة القانون .

ولكن الواضح من هذا التبرير الذى ساقه « ويند شايد » أنه تبرير مصطنع ، ورد فيه من التناقض ما يكفى لهدم نظريته التى تعتبر الحق قدرة ارادية ، لان القانون اذا كان يتكفل بتعويض انعدام الارادة عند المجنون والصبى غير المميز باتقامة نائب — ولى أو وصى أو قيم — ممن تتوافر لديهم شروط القدرة الارادية ، فإن الحق في هذه الحالة لا يكون للطفل أو المجنون ، وإنما يكون للولى أو الوصى أو القيم ، طالما أن جوهر الحق هو السلطة الارادية ، لان ارادة هؤلاء هي التى يعتد القانون بها ، لا ارادة الطفل أو المجنون . وهذا غير مقبول ، لان أبسط حقوق عديم لاهلية ، هو حقه على كيانه الجسدى فلا يجوز الاعتداء عليه . فبماذا يبرر هذا الحق ؟ راجع في هذا المعنى : د . اسماعيل غانم ص ١٠ ، و د . حسن كره ص ٤٣٢ هامش ١ ، وانظر أيضا في انتقاد هذا التبرير :

٢ — ومن ناحية أخرى فإن الحق في بعض الاحيان قد يثبت للشخص دون ارادته ، بل وبدون علمه : فالحق في الارث ، والحق في الوصية ، لا يثبتان بارادة صاحبهما بل بمجرد موت المورث أو الوصى ، والغائب قد يكتسب حقوقا دون علمه ، لان القانون يقرر الحقوق غير العقدية دون أن يلتفت لارادة من يقررهما : كما في حالة الارث والوصية والغائب والفعل الضار والسلطة الابوية التي تثبت للاب ولا يستطيع أن يتنازل عنها فكلها مقرررة بقوة القانون ، ولا دخل للارادة في انشائها(١١) .

٣ — فضلا عن ذلك فإن الاتجاه الشخصى في تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية ( الشركات أو الجمعيات ) تثبت لها حقوق كالاشخاص الطبيعية ، اذ لو قيل بأن للشخص الطبيعى ارادة هى مناط ما يثبت له من حقوق ، فإن من العسير التسليم بأن للاشخاص الاعتبارية أو المعنوية ارادة حقيقية كارادة الاشخاص الطبيعيين أو بأن لهم حقوقا بالتالى ، مع أن من الامور المسلم بها أن للاشخاص المعنوية حقوقا تثبت لها كما تثبت للاشخاص الطبيعيين(١٢) .

**ثانيا :** يخلط هذا الاتجاه الشخصى في تعريف الحق بين وجود الحق وبين استعماله . ( le droit lui même et sa mise à exécution ) (١٣) :  
ويبرز هذا الخلط في تعريفه للحق بأنه سلطة ارادية ، لانه يخلط بهذا التعريف بين جوهر الحق وبين اعماله ، فاعمال الحق يكون بمباشرة ما يخوله من سلطات ، وباقتضاء احترام الغير برد كل اعتداء عليه ، وهذا

---

(١١) د . محمد سامى مذكور ص ٨ ، و د . عبد المنعم البدر اوى ص ٢٦٢ ، و د . حسن كيره ص ٤٣٢ ، و د . توفيق حسن فرج ص ٤٤٢ ، و د . أحمد سلامة ص ١٣٨ .

(١٢) د . عبد المنعم البدر اوى ص ٢٦٢ ، و د . حسن كيره ص ٤٣٢ ، و د . توفيق فرج ص ٤٤٣ .

(١٣) راجع : د . شمس الدين الوكيل في محاضرات في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٤ ص ٨ — ص ١١ ، و د . عبد الفتاح عبد الباقي ط ١٩٥٧ و ط ١٩٦٥ ص ٨ وما بعدها ، و د . منصور مصطفى منصور في مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ج ٢ نظرية الحق ط ١٩٦١ ص ١٥ ، و د . جميل الشرقاوى في دروس في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٢ ص ١٨ .

يقتضى في كثير من الاحوال توازن قدرة ارادية . ولكن هذا ليس جوهر الحق ، بل هو احدى صور اعماله ، لان الحق قائم ولو لم يباشر صاحبه حياله أى سلطان عليه ، فالمالك للشيء مالك له ولو لم يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه والدائن دائن ولو لم يطالب المدين بالوفاء فالحق قائم قبل الاعتداء عليه (١٤) ولذا فان وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، قد يكون مطلباً في شأن استعمال الحق أو مباشرته ، ولكن لا يعد شرطاً لقيام الحق ذاته ، وانما يشترط لجرد مباشرة هذا الحق ، ومع ذلك فالارادة ليست لازمة دائماً لهذه المباشرة . ففى العادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، بدليل أن عديم الاهلية مثلاً يستعمل حق ملكيته عندما يسكن منزله أو يبتزّه في حديقته أو يركب سيارته مع أنه بلا ارادة .

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية أخرى لدى صاحبه ، بل ان اعمال الحق لا يفترض دائماً وجود مثل هذه القدرة . وان افترضها في بعض الاحوال ، فان هذا لا يبرر القول بأن جوهر الحق قدرة ارادية ، لان مباشرة الحق تختلط بوجوده (١٥) .

ويتجلى الفرق واضحاً بين جوهر الحق وبين اعماله في الاحوال التى ثبتت فيها لشخص معين ( الصبى غير المميز أو المجنون ) ويتولى عنه شخص آخر ( الولى أو الوصى أو القيم ) مباشرة السلطات واقتضاء احترام الغير (١٦) .

---

(١٤) يلاحظ أن بعض الحقوق تسقط بعدم استعمالها اذا طالت المدة — كالتقادم المسقط — ولكن بقاء الحق بالرغم من عدم استعماله الى أن تكتمل المدة اللازمة للتقادم المسقط ، كاف لايضاح الفرق الجوهرى بين الحق واستعماله .

(١٥) د . حسن كيره فى المرجع السابق ص ٤٣٢ ، و د . اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١١ ، و د . توفيق فرج ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، و د . أحمد سلامة ص ١٣٩ .

(١٦) د . اسماعيل غانم ص ١١ .

ولكل ما تقدم فاننا لا نرى في تصوير الاتجاه الشخصي لتعريف الحق بأنه قدرة ارادية ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه ، لان هذا التصوير غير مقبول ويرفضه الواقع القانوني ، فضلا عن خلطه الظاهر بين جوهر الحق واعماله . وعليه فهو اتجاه مرفوض في نظرنا (١٧) .

## المطلب الثاني

### الاتجاه الموضوعي أو المذهب الموضوعي في

### التعريف بالحق

#### ٢٨ — فحوى الاتجاه الموضوعي :

ان أصحاب هذا الاتجاه عرفوا الحق بالنظر الى موضوعه objet ، أى الهدف أو الغاية le but ، التى تقصد منه ، ولذا يسمى هذا الاتجاه بالمذهب الموضوعي ، كما يسمى بنظرية المصلحة (interessen dogma) على أساس أنه يعرف الحق بأنه « مصلحة يحميها القانون (intérêt juridiquement protégé) » ورائد هذا هذا الاتجاه هو الفقيه الالماني اهرنج (Ihering) (١٨) ، وقد كان من اشد فقهاء القانون مهاجمة للاتجاه الشخصي ، ولذلك فقد نحا في تعريفه للحق

(١٧) أنظر :

(O. IONESCO : la notion de droit subjectif dans le droit Privé : thèse, Paris 1931 . P. 82 -- D. ABIN le droit subjectif 1955, P. 60 --

وراجع في الفقه المصرى : د . اسماعيل غانم ص ١٠ ، ١١ ، و د . حسن كيره ص ٤٣٢ ، و د . توفيق فرج ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، و د . أحمد سلامة ص ١٣٧ — ص ١٣٩ ، و د . جميل الشرقاوى ص ١٨ ، و د . منصور مصطفى منصور في المرجع السابق ص ١٥ و د . عبد المنعم البدر اوى ص ٢٦٢ ، و د . محمد سامى مذكور ص ٨ ، و د . محمد شكرى سرور ص ٣٣ ، ٣٤ ، و د . محمد محمد المهدى ص ٦ — ص ٩ ، و د . لاشين محمد انغليانى في محاضرات في نظرية الحق س ١٩٧٩ ص ٥ .

Ihering : L , Esprit du droit romain , traduction française . Meulenaere T , 4, 3e 1888, PP . 317 et ss .

تحوا آخر موضوعيا ، فعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون . فالحق في نظره يتكون من عنصرين : أحدهما موضوعي ، والثاني شكلي . أما **العنصر الموضوعي أو الجوهرى** ، فانه يتمثل في الغاية العملية التى يحققها الحق لصاحبه ، والتى تتمثل في منفعة او مغنم معين ، فكل حق وله غاية معينة يحققها لصاحبه ، وإذا نظرنا الى هذه الغاية في حد ذاتها ، نجدها قيمة مادية أو أدبية ، وإذا نظرنا إليها من ناحية صاحب الحق فيها وجدناها مصلحة مادية أو أدبية ، هذه المصلحة التى يهدف الحق الى تحقيقها هى فى الواقع جوهره ، فجوهر الحق اذن هو المصلحة أو الفائدة التى تعود على شخص معين ( صاحب الحق ) . وأما **العنصر الشكلى** فهو الحماية القانونية لهذا الحق والمتمثلة فى الدعوى القضائية ، فالمصلحة اذا ما اقترنت بالحماية القانونية عن طريق الدعوى انتجت وجود الحق (١٩) .

فصاحب الحق عند اهرنج ليس هو من يريد ( الاتجاه الشخصى ) وانما هو من يستفيد ، ولذلك فالمصلحة التى يعتبرها هذا الفقيه جوهر الحق ذاته ، لا تقتصر على المصلحة المادية ، فقد تكون مادية أو أدبية ( معنوية ) ايضا (٢٠) كمصلحة الانسان فى حماية شرفه وحريته وروابطه العائلية ، فالحق الادبى أو المعنوى ، هو الحق غير المالى ، فالحق فى الحرية مثلا لا يخول للانسان منفعة أو قيمة مالية ، ولكن يخول له قيمة

(١٩) راجع : د . عبد المنعم البدر اوى فى المرجع السابق فقرة ١٧٨ ص ٢٦٢ وما بعدها ، و د . حسن كيره فى المرجع السابق فقرة ٢٢٨ ص ٤٣٣ وما بعدها ، و د . احمد سلامة فى المرجع السابق فقرة ٧٧ ص ١٤٠ ، و د . توفيق حسن فرح فى المرجع السابق فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٥ ، و د . محمد سامى مذكور فى المرجع السابق ص ٨ .

Ripert ( g ) aubs ou relativite des droit, t. c. 1929, P. No 21.

وينبه الفقيه ريبير الى أنه بقدر ما يكلفه الحق لصاحبه من مصلحة أو ميزة بقدر ما يكون للحق من قيمة . « فالحق اذا لم يصف الى الحرية شيئا ، فانه لا يساوى — بدوره — شيئا » .

( S'il n'ajoutait rien à la liberté il ne vaudrait rien .

انظر ريبير المرجع السابق ص ٥٧ فقرة ٢١ .

معنوية ، تلك القيمة يعدها اهرنج أيضا من المصالح التي يهدف الحق الى تحقيقها باعتبارها مصلحة تعود على صاحبها بالنفع الادبى أو المعنوى .

نخلص من هذا الاتجاه الموضوعى الى أن الحق عند « اهرنج » هو جماع بين العنصرين الموضوعى أو الجوهرى والشكلى أو الحماية القانونية ، بحيث اذا تخلف واحد منهما لما كان هناك حق يمكن أن يدعى به (٢١) .

## ٢٩ — رفض الاتجاه الموضوعى في تعريف الحق :

لا يمكننا أن ننكر فضل اهرنج اذ أوضح لنا أن تحديد شخص صاحب الحق لا يتوقف على مباشرة السلطات الارادية ، وانما يكون على أساس المصلحة المقصودة من الحق . ولكن مع ذلك فان مذهبه لم يكتب له الذبوع في الوسط الفقهى ، وقد استهدفت وجهة نظره في الحق للعديد من أوجه النقد والاعتراضات ، وكان أهم ما ورد على مذهبه منها ما يلى :

١ — ان تعريف الحق بأنه مصلحة ، تعريف لغايته وهدفه ، فاهرنج لم يعرف جوهر الحق ، ولم يبين ماهيته ، وانما عرف الغاية من الحق أو الهدف المتوخى منه (٢٢) ، ولا يمكن بحكم المنطق أن نعرف الشيء بنفس ما نعرف به هدفه أو غايته ، فالتعريف الكامل لابد وأن يشتمل على كافة افراد المعرف مبينا لحقيقته وجوهره لا لغايته فحسب ، فالمصلحة ان كانت تصلح بياناً لهدف الحق ، فهي في ذات الوقت لا تصلح بياناً أو تعريفاً بالحق في حد ذاته وجوهره بغض النظر عن هدفه أو غايته . فكأن الاتجاه الموضوعى في تعريف الحق ، انما يدور في الواقع حوله مشكلة التعريف بالحق دون أن يحلها .

---

(٢١) د أحمد سلامة في المرجع السابق فقرة ٧٧ ص ١٤٠ ،  
و د . عبد المنعم البدر اوى في المرجع السابق ص ٢٦٣ .  
(٢٢) د . أحمد سلامة في المرجع السابق ص ١٤١ ، وقد أشار في هامش (١) الى :

Gorovtseff, la lutte autour de la nation de sujet de droit  
Bev. trime, de dr. civ. , 1926 , P. 945 et s ).



٢ — كما يؤخذ على الاتجاه الموضوعى أنه يعتبر المصلحة هى معيار وجود الحق ، بينما هى ليست كذلك دائما ، « فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح ، اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح مالا يرتفع الى مرتبة الحقوق » (٢٣) ، ومن المصالح التى لا ترتفع الى مرتبة الحق ، مثلا لو اشترط مستأجر الطابق العلوى فى منزل على المؤجر ان يقوم بانارة السلم أو فرشته حتى مقر سكنه ، فلاشك ان ساكنى الطوابق السفلى سيقيدون من هذا الاشتراط ، ومع ذلك فهم ليسوا أصحاب حق فى هذا ، بمعنى ان مصلحتهم لا تعطىهم الحق فى الزام المؤجر بانارة السلم أو فرشته ، اذ لا يتمتع بهذا الحق الا صاحب الطابق العلوى بناء على الاتفاق المبرم بينه وبين المؤجر (٢٤) . وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض الرسوم الجمركية على الواردات بغرض حماية الصناعات والمنتجات المحلية ، فبلاشك يستفيد اصحاب هذه الصناعات والمنتجات من فرض الرسوم الجمركية على الواردات ، بل ولهم مصلحة كبيرة فى وجودها لانها تحد من منافسة السلع الاجنبية لبضائعهم ، وبالرغم من ذلك فانهم لا يملكون بموجب هذه المصلحة الحق فى فرض تلك الرسوم على البضائع الاجنبية ، كل ما فى الامر انهم يستفيدون منها اذا فرضت فحسب ، وهذا معناه ان الحق اذا كان يفترض لوجوده مصلحة معينة ، الا ان المصلحة فى حد ذاتها لا يمكن أن تكون فى جميع الاحوال حقا (٢٥) .

٣ — ويؤخذ كذلك على الاتجاه الموضوعى ان « اهرنج » جعل الحماية القانونية أو الدعوى عنصرا فى الحق ، فالحق فى نظره « مصلحة محمية » ، وعنصر الحماية القانونية أو الدعوى يعد فى نظره الفصيل فى

---

(٢٣) د . حسن كيره فى المرجع السابق ص ٤٣٤ .

(٢٤) د . حسن كيره المرجع السابق ص ٤٣٤ وقد أشار فى هامش (٢)

الى :

وجود الحق أو عدمه ، ولكن الواقع أن الحماية تأتي نتيجة التسليم بالحق أو وجوده فهي « عتبية أو بعدية » أي تأتي عقب الحق أو بعد وجوده ، فهي تليه بالقطع ولا تسبقه في الوجود ، ولهذا فلا تعتبر الدعوى ركنا في الحق ، أي لا تعتبر من بين مكوناته ، فهي مجرد وسيلة لحمايته ، فهي تليه في النشوء كما قلنا ، وعلى ذلك لا يمكن اعتبارها معيارا لوجوده ، والقانون يحمي الحق عن طريق الدعوى إذا ما وجد الحق ، فاهرنج باشرطه للعنصر الشكلي وهو الحماية القانونية أو الدعوى لوجود الحق ، جعل من الوسيلة عنصرا يتقدم على الغاية ويتحكم في وجودها ، وهذا مالا يمكن التسليم به (٢٦) .

ونخلص من هذه الانتقادات الى ان الاتجاه الموضوعي عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية ، وخصائصه الذاتية ، فهو يسلك في هذا التعريف مسلكا معييا حين يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ، بينما المصلحة هي الغاية من الحق والدعوى وسيلة حمايته ، وهما أمران خارجان عن الحق فلا يصلحان لتعريفه ، ولذا فان هذا الاتجاه مرفوض في نظرنا لعجزه الظاهر عن تعريف الحق ، ويؤكد ذلك الاستاذ Dabin في هذا الصدد ان « الاكتفاء بتعريف الحق على أنه مصلحة — حتى ولو كان القانون يكفل الحماية لهذه المصلحة — يعنى عدم تعريفه بما يكشف عن حقيقته . فالمصلحة هي مادة الحق أو هدفه . وهي سابقة على وجوده (Pr juridique) ، أما الحماية فهي لاحقة (Post juridique) على الحق تفترض وجوده ، والحق يوجد بينهما ، ولم يتعرض له التعريف » (٢٧) .

---

( MICHOU D . la théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3 e éd. 1952, t. I No. 48 p 106 )  
(٢٥) وراجع : د . عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٣ ، و د . حسن كيره ص ٤٣٤ ، و د . أحمد سلامة ص ١٤١ .  
(٢٦) راجع في هذا المعنى : د . حسن كيره ص ٤٣٥ وقد أشار في هامش ١ الى :

( Sœlles, De la personnalité juridique 2é éd. 1922 PP. 541 - 545 ).  
( babin : le droit subjectif P. 71 )

(٢٧) وراجع : د . توفيق فريج في المرجع السابق ص ٣٣٧ ، د . حسن كيره ص ٤٣٥ ، و د . أحمد سلامة ص ١٤٢ ، و د . جميل الشرقاوى في دروس في نظرية الحق ص ١٩٥ ، ٢٠ .

### المطلب الثالث الاتجاه المختلط أو المذهب المختلط في التعريف بالحق

#### ٣٠ — فحوى الاتجاه المختلط :

يتضح مما تقدم أن كلا من الاتجاهين الشخصى والموضوعى قد غفل في تعريف الحق عن بيان جوهره ، فالارادة ليست هى جوهر الحق وان كانت لازمة لمباشرة السلطات التى يخولها الحق ولاقتضاء احترام الغير ، وليست المصلحة هى جوهر الحق ، وان كانت هى غاية الحق أو الهدف المقصود منه ، وعلى أساسها يتحدد شخص صاحبه (٢٨) .

وقد بذلت عدة محاولات للجمع بين الاتجاهين السابقين في الاتجاه المختلط ، وبصفة خاصة في فرنسا وإيطاليا وألمانيا ، فقد اتجه عدد من الفقهاء في هذه الدول الى القول بهذا الاتجاه المختلط ومنهم « Jellinek » و « سالى » و « ميشو » و « غرارا » ، وقد ذهبوا في تعريفهم للحق الى الجمع بين عنصرى الارادة والمصلحة ، وهم لذلك يسمون باصحاب الاتجاه المختلط أو المذهب المختلط « la doctrine mixte » ، وغوى مذهبهم أو اتجاههم يبرز في جمعهم بين الفكرتين السابقتين ، فهم يجمعون في تعريفهم الحق بين النظر اليه من الناحية الشخصية ، أى من ناحية صاحبه ، فيرون فيه عنصر الارادة ، والنظر اليه من ناحية موضوعه أو هدفه فيرون فيه عنصر المصلحة . ولذا عندما عرضوا لبيان الحق فقالوا انه اذ كان سلطة أو قدرة ارادية فانه في الوقت نفسه مصلحة محمية ، ومن هنا جاء الخلط أو الجمع بين عنصر الارادة وعنصر المصلحة (٢٩) .

---

(٢٨) د . اسماعيل غانم في محاضرات في النظرية العامة للحق ط ٢  
س ١٩٥٨ ص ١٣ .

(٢٩) د . عبد المنعم البدر اوى في مبادئ القانون ط ١٩٧٠ ، ١٩٧٢  
فقرة ١٧٩ ص ٢٦٤ ، و د . توفيق حسن فرج في المدخل للعلوم القانونية  
— القسم الثانى — في نظرية الحق ط ٢ س ١٩٨١ فقرة ٢٦٧ ص ٤٤٧  
وما بعدها .

واذا كان أصحاب هذا الاتجاه المختلط قد اتفقوا على الجمع بين الإرادة والمصلحة ، فانهم لم يتفقوا على أى العنصرين تكون له الاهمية ، وتعقد له الاولوية أو الغلبة . فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه قدرة ارادية أعطيت لشخص فى سبيل تحقيق مصلحة محمية . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه مصلحة محمية تسهر على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة(٢٠) .

### ٣١ — رفض الاتجاه المختلط فى تعريف الحق :

يبدو واضحا من عرضنا المتقدم للاتجاه المختلط ، انه اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين قام على انقاضهما ، ولذلك فقد انتقده الفقهاء بمجموع النقد الذى وجه الى كل من الاتجاهين السابقين ، فالحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه كما قلنا ، ثم ان المصلحة أيضا — كما أسلفنا — ليست هى جوهر الحق ، بل هى الغاية منه ، فيكون من المنطقى اذن رفض الاتجاه المختلط الذى شيد على انقاض الاتجاهين الشخصى والموضوعى ، ولم يستغرق هذا الرفض من الفقهاء من الوقت أو الجهد قدرا يستحق الذكر ، وعلى ذلك فهذا الاتجاه لم يحل مشكلة التعريف بالحق ، ولذا الزم هجره الى اتجاه آخر يركز على تعريف الحق ببيان جوهره وماهيته(٢١) .

---

(٢٠) د . أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثانى — فى مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٣ فقرة ٧٩ ص ١٤٣ ، ود . حسن كيزه فى المدخل الى القانون — القسم الثانى — فى النظرية العامة للحق ط ٥ س ١٩٧٤ فقرة ٢٢٩ ص ٤٣٥ ، ٤٣٦ .

(٢١) راجع فى هذا المعنى : د . اسماعيل غانم فى المرجع السابق ص ١٣ ، ود . توفيق فرج فى المرجع السابق ص ٤٤٩ ، ود . حسن كيزه فى المرجع السابق ص ٤٣٦ ، ود . أحمد سلامة فى المرجع السابق ص ١٤٣ ، ود . عبد المنعم البدر اوى فى المرجع السابق ص ٢٦٤ ، ود . مختار القاضى فى أصول الحق ط ١٩٦٧ ص ٢٦ ، ٢٧ ، ود . محمد محمد المهدي فى المرجع السابق ص ١٣ ، ١٤ .

## المطلب الرابع

### الاتجاه الحديث أو النظرية الحديثة في

### التعريف بالحق

#### ٣٢ — الباحث على الاتجاه الحديث (٣٢) :

ان الاتجاهات الثلاثة السابقة لم تكن في منهجها في تعريف الحق مقنعة ، لانها لم تقم بتعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه وقوع أى اختلاط بين الحق وبين غيره من الاوضاع التى تشبهه أو قد تشبهه فى الظاهر ، وقد كان هذا من أهم البواعث التى دفعت بعض فقهاء القانون للبحث عن تعريف للحق يتناول ماهيته وجوهره وقد قامت عدة محاولات فى هذا المضمار ، تركز على ابراز الخصائص المميزة للحق وذلك

---

(٣٢) راجع فى هذا الاتجاه : د . حسن كبره فى المدخل الى القانون ط ٥ س ١٩٧٤ فقرة ٢٣٠ وما بعدها — و د . شمس الدين الوكيل فى محاضرات فى النظرية العامة للحق ط ١٩٥٤ ص ١١ وما بعدها ، و د . اسماعيل غانم فى محاضرات فى النظرية العامة للحق ط ٢ س ١٩٥٨ ص ١٣ وما بعدها ، و د . توفيق حسن فرج فى المدخل للعلوم القانونية القسم الثانى فى نظرية الحق ط ٢ س ١٩٨١ فقرة ٢٦٨ وما بعدها ، و د . عبد المنعم البدر اوى فى مبادئ القانون ط ١٩٧٠ فقرة ١٨٠ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة فى المدخل لدراسة القانون الكتاب الثانى مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٣ فقرة ٨١ وما بعدها ، و د . جميل الشرقاوى فى دروس فى النظرية العامة للحق ط ١٩٥٥ ص ٢٥ وما بعدها ، و د . منصور مصطفى منصور فى مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ج ٢ نظرية الحق ط ١٩٦١ ص ١٤ وما بعدها ، و د . نعمان محمد خليل جمعة فى دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٢٩٥ وما بعدها ، و د . لاشين محمد الغياتى فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٧٩ ص ٦ وما بعدها ، و د . حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ١٥ وما بعدها ، و د . محمد شكرى سرور فى النظرية العامة للحق ط ١ س ١٩٧٩ فقرة ١٠ وما بعدها ، و د . عبد الناصر العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١٧٢ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، و د . محمد محمد المهدي فى محاضرات فى نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ١٤ وما بعدها .

بالكشف عن حقيقته وجوهره وقد سلكت في تعريفها للحق مسلكا تحليليا تتدرج فيه بين تلك العناصر الخاصة به والمميزة له ، وقد تلافت وهى بصدد محاولاتها هذه أغلب أوجه النقد التى وجهت الى الاتجاهات الثلاثة السابقة .

### ٣٣ — رائد الاتجاه الحديث في التعريف بالحق :

ان اول من تزعم هذا الاتجاه في الفقه الحديث ، هو الفقيه البلجيكي جان دابان Jean Dabin ، فقد قام بشرح جميع الاتجاهات السابقة في التعريف بالحق ثم حللها ونقدها بشدة وذلك في مؤلفه عن الحق *Le droit subjectif* المنشور في عام ١٩٥٢ ، وقد اقترح تعريفا جديدا أبرز فيه عناصر الحق وأخصها فكرة الاستثناء والتسلط ، وقد تأثر به الكثير من فقهاء القانون ، فحاول بعضهم أن يكمل بعض ما أغفله ، والبعض الآخر أثبت وجهة نظر تخالف وجهة نظره ، مثل نظرية الاستاذ روبييه Roubier في تعريف الحق ، ومن جملة من تأثروا بتعريف دابان للحق بعض الفقهاء في مصر ، فقد ساروا على هدى تعريفه (٢٣) ، ولكن البعض الآخر قد انتقد هذا التعريف وحاول تكميله بما يراه احرى بالقبول (٢٤) .

ويعتبر الاستاذ « دابان » في جميع الاحوال ، وعلى أى الوجوه ، وهو رائد الاتجاه الحديث في التعريف بالحق ، ولذا سنركز على وجهة نظره في تعريف الحق فنعرض لها في ايجاز مع بيان أوجه نقدها ، ثم تنتهى الى وضع تعريف للحق على ضوء التعريف الذى انتهى اليه الفقه الحديث :

---

(٢٣) أنظر : د . حسن كيره ٤٣٧ وما بعدها ، و د . اسماعيل غانم ص ١٤ وما بعدها ، و د . شمس الدين الوكيل ص ١٧ ، و د . أحمد سلامة ص ١٤٩ وما بعدها .

(١٣٤) أنظر : د . جميل الشرقاوى ص ٢٥ ، ٢٦ ، و د . منصور مصطفى منصور ص ٢٠ ، و د . حمدي عبد الرحمن ص ٢٧ وما بعدها ، و د . توفيق حسن فرج ص ٦١ وما بعدها .

### ٣٤ — تعريف الحق عند « دابان » :

لقد عرف « دابان » الحق بأنه ميزة ( Prérogative ) ، يمنحها القانون لشخص ما ، ويحميها بطرق قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به ، بصفته مالكا أو مستحقا له « (٣٥) أو هو « مكتة-يسندها القانون لشخص معين ، ويضفى عليها حمايته ، بحيث يكون لصاحب الحق أن يتصرف بمقتضاها في ما يملكه ( الحقوق العينية ) أو في ما هو مستحق له « ( الحقوق الشخصية ) (٣٦) .

ويمكننا أن نستخلص من الاتجاه الذي يعتنقه دابان في تحليله لفكرة الحق ، أنه يبرز العناصر التي يتكون منها ويحصرها في أربعة هي :

١ — عنصر الاستئثار ( appartenance ) أو الاختصاص أو الاسناد ( أى نسبة الشخص الى شيء معين ) .

٢ — عنصر التسلط ( Maitrise )

٢ — عنصر الغير ( أى ثبوت الحق في مواجهة الغير ) .

٤ — عنصر الحماية القانونية .

ويؤكد « دابان » على أن عنصرى الاستئثار والتسلط هما العنصران الجوهريان في الحق ، فهما وجهان لحقيقة واحدة ، ويكونان الحق تكوينيا ذاتيا ، ويوجد الى جانبهما عنصرين آخرين وهما عنصرى الغير ، والحماية القانونية ، فهما عنصران خارجيا يتطلبهما جوهر الحق باعتباره ظاهرة قانونية .

وفىما يلى تفصل هذه العناصر التي يشيد عليها دابان تعريفه للحق :

---

Jean babiu : le droit subjectif- p. 105 (35)

وأنظر : د . توفيق فرج ص٤٦١ ، و . د أحمد سلامة ص١٤٤ ،  
و د . محمد محمد المهدي ص١٤ .

(٣٦) د . حمدي عبد الرحمن في فكرة الحق ص٢٤ .

٣٥ — (١) عنصر الاستثناء ( الاختصاص ) :

ان أول مميز للحق في نظر « دابان » هو الاستثناء (appartenance) ومعناه الاختصاص على سبيل الانفراد دون سائر الناس ، بشيء معين أو بقيمة معينة . وبطبيعة الحال فان هذا الاختصاص يفترض شخصا يملكه ، كما يفترض محلا يرد عليه ، فعنصر الاستثناء يتشعب اذن الى ثلاثة : اختصاص ، وصاحبه ، ومحله وقد عبر دابان عن ذلك بقوله :

« يمكننا أن نقول في الواقع أن القانون نظم العلاقة بين المحل ، وبين الاختصاص في حد ذاته ، والشخص المختص » .

( on Peut dire en effet que la droit établit un relation entre son objet . et son sujet . . ce qui appartient a son titulaire )  
والاختصاص على هذا المعنى عبارة عن نسبة افتراضية بين قيمة محددة قد تكون مادية ( Matériel ) أو غير مادية ( immatériel ) ترتبط بشخص معين برابطة يقرها القانون . والشخص قد يكون شخصا طبيعيا ، وقد يكون شخصا اعتباريا أو معنويا . فالحق في نظر هذا الفقيه اذن هو علاقة استثناء بين شخص وشيء معين أو قيمة معينة ، فلا تولد فكرة الحق عنده الا بهذا الاستثناء الذي هو أساس لكل ما يكون ويميز الحق .  
وليس الاستثناء ( الاختصاص ) هو مجرد الاستفادة أو التمتع أو الانتفاع disposition ، ولكنه يعنى — عند دابان — التملك بالمعنى الواسع ، أو هو ما يثبت للشخص على سبيل التخصيص والانفراد . فالحق ليس هو الانتفاع ، وان كان غالبا ما يتضمنه ، وصاحب الحق ليس هو من ينتفع أو يستفيد ، فقد يكون الانتفاع لغير من يثبت له الاستثناء ، فالمغتصب أو السارق ينتفع بالشئ دون أن يكون صاحب حق فيه . ولهذا لا يتمتع بالحماية كما يتمتع بها صاحب الحق ، كما ان المنفعة أو المصلحة التي يهدف اليها الحق قد تكون لغير صاحب الحق أو من له الاستثناء .

---

rapin . le droit subjectif. p. 105.

وانظر : د . أحمد سلامة فقرة ٨١ ص ١٤٤ ، و د . توفيق فرج فقرة ٢٦٩ ص ٤٥٠ ، و د . حدى عبد الرحمن فقرة ١٥ ص ٢٢ وما بعدها ، و د . محمد محمد المهدي ص ١٥ .



ومن هنا يتبين لنا أن علة استبدال « دابان » فكرة المصلحة التي قال بها اهرنج بفكرة الاستثناء ، هي أن مضمون الاستثناء غير مضمون المصلحة ، فالحق يوجد اذا وجد الاستثناء ، أما المصلحة وحدها فلا تبرر الحق أو ليست هي الحق ، وإنما هي هدف الحق فقط ، وهي لا تصير حقا الا اذا ثبتت للشخص على سبيل الاستثناء ، أى التخصيص والانفراد ، فالحق ليس مصلحة حتى ولو كان يحميها القانون ، ولكنه استثناء بمصلحة أو بشيء يمس الشخص ويهمه أو يعنيه ليس بصفته مستفيدا أولا أن يستفيد ، ولكن بصفة أن الشيء يتبعه خاصة ، أى على سبيل الانفراد . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإن « دابان » يستبعد فكرة « القدرة الإرادية » التي قال بها سانينى وويند شايد ، لأن الاستثناء أو الاختصاص لا يرتبط حتما بالإرادة . فقد يثبت الاستثناء أو الاختصاص لشخص لا تتوافر لديه الإرادة كعديم الأهلية — المجنون أو الطفل — فهو فاقد الإرادة ، ومع ذلك يكون صاحب حق اذا ما كانت له أموال يستأثر بها . كما أن الإرادة قد لا يكون لها أى دخل فى كسب الحقوق ، ومع ذلك فانها تنشأ بالنسبة لبعض الأشخاص كالفائب والوارث والموصى له ، إذ يثبت لهم الاستثناء كذلك . ولذا فإن « دابان » قد استطاع باحلاله لفكرة الاستثناء محل فكرة المصلحة ، وفكرة الإرادة أن يتلافى النقد الذى وجه الى الفكرتين (٢٨) .

ويتنوع محل الاستثناء وفق القيمة التي يرد عليها تنوعا كبيرا ، فهو يشمل الأشياء المادية كالمعارات والمنقولات بأنواعها المختلفة ، وقد يرد على الكيان المادى أو المعنوى لانسان كحياته وما يتصل بها من سلامة بدنه وشرفه وحياته . . . ومصنفاته الذهنية ( حق المؤلف ) . وهذا هو الاستثناء المباشر I' appartenance directe كما قد يرد الاستثناء أيضا على

---

(٢٨) د . توفيق فرج فقرة ٢٧٠ ص ٤٥٠ وما بعدها ، و د . عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٨٠ ص ٢٦٥ ، و د . أحمد سلامة فقرة ٨١ ص ١٤٤ وما بعدها ، و د . حمدى عبد الرحمن فقرة ١٥ ص ٢٤ ، ٢٥ .

قيم تقدر بالمال وذلك في حالة ما اذا التزم شخص قبل صاحب الحق بالتزام ايجابى أو سلبى ، سواء اكان بعمل أم بامتناع عن عمل أم بأداء شئ ، فان الاستثناء في هذه الحالة يكون غير مباشر (l'appartenance indirecte) لان صاحب الحق لا يتمكن من الحصول على الفائدة من محل الحق الا بتدخل شخص آخر ، هو المدين الذى عليه أن يقوم بأداء معين (٣٩) .

وتتعدد أسباب الاستثناء ، فقد ينشأ بصورة طبيعية كما هو الحال بالنسبة لحق الحياة ، وقد ينشأ بصورة صناعية من فعل الارادة البشرية ، وقد تكون هذه الارادة هى ارادة الافراد أنفسهم عن طريق الاتفاق فيما بينهم كما في عقود المعاوضات ومنها البيع مثلا ، فهو فعل من أفعال الارادة ، والحقوق الناشئة عنه لكل من طرفيه — البائع والمشتري — أى استثناء البائع بالثمن واستثناء المشتري بالمبيع ، قد نشأت بسبب صناعى هو التدخل الارادى من الطرفين بالاتفاق فيما بينهما على ذلك ، كما قد تكون هذه الارادة المنشئة للحق هى ارادة المشرع نفسه ، ومن ذلك مثلا قوانين اصلاح الزراعى في مصر التى حددت الملكية الزراعية بعدد معين من الافدنة ثم أعطت الجهات المختصة سلطة الاستيلاء على ما زاد عن هذا القدر ، وسلطة التصرف فيه لصغار الزراع في بعض الجهات بشروط معينة أو الاحتفاظ به للمشروعات العامة على سبيل الاستثناء كما حدث في البعض الآخر .

هذا وما يجدر ملاحظته أن الاموال والقيم التى يرد عليها الاستثناء تتزايد يوما بعد الآخر ، نظرا للتقدم والمدنية وما نراه اليوم في عالم المخترعات المتطرفة بالطيران أو بسفن الفضاء أو بالاتصالات السلكية

---

(٣٩) د . اسماعيل غانم ص ١٤ ، و د . أحمد سلامة ص ١٤ وما بعدها ، و د . توفيق فرج ص ٤٥٢ ، و د . حمدي عبد الرحمن ص ٢٥ ، و د . محمد محمد المهدي ص ١٦ وما بعدها .

(٤٠) د . نعمان محمد خليل جمعه في دروس في المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٢٩٨ .

واللاسلكية ... يؤكد على وجود صور جديدة من الاموال يقع عليها الاستثناء ، وكلما حدث تطور أيضا في المجالات الاجتماعية أو الاقتصادية أو الصناعية ، كان هذا من الأسباب التي تؤدي بدورها الى ايجاد حقوق جديدة يقع عليها الاستثناء (٤١) .

### ٣٦ - ( ٢ ) عنصر التسلط :

ان « دابان » يقول عن عنصر التسلط ( maitrise ) أنه الوجه الثانى للحق ، ويقصد بالتسلط القدرة على الاستثناء بالشئ ، وهذا يعنى القدرة على التصرف disposition ، فطالما أن الشئ يخص صاحب الحق ، فانه يترتب على ذلك الاعتراف له بنوع من التسلط عليه ، وهذه هى الناحية الشخصية للحق . ويعرف هذا الفقيه التسلط بأنه « سلطة التصرف بحرية فى الشئ موضوع الحق » (٤٢)

( pouvoir de libre disposition de la chose objet du droit )  
فعنصر التسلط لا ينفصم بحال عن عنصر الاستثناء ( الاختصاص ) ، فالحق عند « دابان » هو استثناء وتسلط ( appartenance maitrise ) ، وهما يثبتان لصاحب الحق ، ولا يمكن القول بأن التسلط قد يثبت لغير صاحب الحق كالوصى مثلا ، اذ الحق يثبت بعنصره للقاصر فى هذه الحالة أى من جهتي الاستثناء والتسلط ، وكل ما يثبت للوصى هو سلطة مباشرة الحق باسم القاصر ولحسابه ، فالقاصر لا تثبت له سلطة المباشرة لحقه ، ولكن مع ذلك يثبت له الحق فى الاستثناء والتسلط أما الوصى فلا يثبت له سوى مجرد مباشرة الحق لاعتبار يتصل بأعباء وظيفته كوصى ، ويتميز التسلط بأنه يعطى لصاحب الحق حرية التصرف فى الشئ محل الحق ، واذا كان الوصى مثلا هو الذى يباشر الحق أو يديره نيابة عن القاصر ولصالحه ويؤدى حسابا

---

(٤١) انظر : د . توفيق فرج ص ٤٥٣ ، و د . نعمان محمل خليل جمعه فى المرجع السابق ص ٢٩٩ ، و د . محمد محمد المهدي ص ١٩ .  
(٤٢) انظر : د . عبد المنعم البندراوى فى مبادئ القانون ط ١٩٧٠ ص ٢٦٦ .

عن عمله ، الا انه مع ذلك لا يملك التصرف الذى يثبت لصاحب الحق ،  
فالتصرف اذن ، لا الارادة ، هو الذى يميز التسلط .

ويختلف التسلط فى مضمونه ومداه حسب طبيعة الاشياء والقيم  
موضوع الحق وذلك على النحو التالى :

١ — **الاشياء المادية** : تحتل التسلط الكامل ، محق الملكية مثلا  
يخول لصاحبه مكنات الاستعمال والاستغلال والتصرف على نطاق واسع ،  
لان الاشياء المادية تخضع بطبيعتها خضوعا كاملا للانسان ، فله مطلق  
الحرية فى التسلط عليها ، والتصرف فيها ، مع مراعاة ما قد يرد على الحق من  
قيود وأعباء ، سواء اكانت هذه الاعباء أم تلك القيود مقررّة بحكم  
القانون أم كانت مقررّة بارادة صاحب الحق ذاته ( القيود الاتفاقية ) .

٢ — **الحقوق اللصيقة بشخص الانسان** : كحقه فى الحياة ، وفى  
سلامة جسمه ، وفى حرّيته مثلا ، فان التسلط فيها محدود بحكم طبيعتها ، فهى  
جزء من كيان الانسان قبل ان تكون حقوقا مملوكة له . ولهذا كان التسلط  
عليها أو التصرف فيها مقصورا على مجرد التمتع بها وصيانتها واستعمالها ،  
دون النزول عنها و نقلها الى الغير أو اتلافها باعدامها أو الحاق الشلل  
المؤقت أو الدائم بها .

٣ — **الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية** ، والتسلط فيها يكون  
موضوعه اداء معين يقدمه شخص آخر ، فهو لا يقع على شخص المدين به ،  
وانما يقع على هذا الاداء ، فالتسلط فى هذه الحالة يقف موقفا وسطا ، فاذا  
كان لصاحب الحق المطالبة به ، أو عدم المطالبة به ، وله أيضا النزول عن حقه  
للمدين بإبرائه منه ، أو نقله الى الغير بحوالته باعتباره قيمة مالية ، ولكن  
هذا الحق لا يخول الدائن التسلط على شخص المدين بأى حال من الاحوال  
على الاطلاق .

والتسلط بمعنى التصرف فى حدود ما ذكرناه يبقى قائما ، ولو حال دون  
ظهوره حائل مادى أو قانونى ، فالتسلط يظل مثلا بالنسبة للمحجور عليه

أو للقاصر ، مع أن كلا منهما لا يستطيع مباشرة تسلطه فعلا حتى يختفى المانع أو الحائل الذى يحول بين كل منهما وبين إمكان التصرف . فالفرق واضح بين التسلط فى حد ذاته ، وبين مباشرته بالفعل ، وقد انتهى « دابان » الى أن الإرادة ليست لازمة لوجود التسلط ، وأن كانت لازمة لمباشرة بعض الحقوق ، ولكنها مع ذلك لا تعد عنصرا فى الحق ، بل هى مجرد قوة محركة بالنسبة له (٤٣) .

### ٣٧ — (٣) عنصر الغير :

إن مفاد هذا العنصر هو التزام الغير باحترام الحق ، والمقصود بالغير فى هذا الخصوص هم كافة الأشخاص فى المجتمع عدا صاحب الحق ، إذ يلتزم الكافة بالامتناع عن كل ما من شأنه تعكير صفو استئثار صاحب الحق به وتسلطه عليه . وهذا لا يكون الا فى المجتمع ، لأن الشخص المنعزل لا توجد له حقوق فى هذه الحالة (٤٤) ، إذ الحقوق تستلزم المنافسة والتراحم ، وهذا يتطلب تعدد الأشخاص بصورة مباشرة أو غير مباشرة .

---

Dabin, le droit subjectif. pp 89 - 93 . (43)

وانظر : د . عبد المنعم البدر اوى ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، ود . توفيق فرج ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ود . اسماعيل غانم ص ١٥ ، ود . حمدى عبد الرحمن ص ٢٥ ، ٢٦ ، ود . محمد محمد المهدى ص ٢٠ وما بعدها .

(٤٤) إذا تصورنا وجود أموال لشخص دون أن يكون هناك غيره ، مثل الإنسان المنعزل الذى تصوره قصة « روبنسن كروزو » والتى جاء فيها أنه كان يعيش فى جزيرته وحيدا مع أمواله وأشياء يستخدمها ، كما لو كان يعيش فى جماعة تماما ، فهو يفكر ويستغل ما يحيطه من ثروات ، ولكن هذه المصالح لن تنقلب الى حقوق الا اذا ظهر انسان آخر ، ومع ظهور هذا الانسان الآخر يبرز التعارض فى المصالح ، وتنبعث الرغبات المتباينة ، والاهواء المتنافرة فتنشأ فكرة الحق ، والا فلا قيمة للقول بوجود حقوق فى الوقت الذى لا يوجد له فى الجزيرة منافس أو خصم يعارضه ، فلا بد لقيام فكرة الحق عند دابان من وجود عنصر الغير ، لان به وحده يتحقق وجود هذه الفكرة ، ويتخلفه تنفقد مضمونها ومغزاها . راجع فى هذا المعنى : د . أحمد سلامة ص ١٣٢ ، ود . توفيق فرج ص ٥٦ .

ويختلف مدلول الغير ومداه تبعاً لاختلاف محل الحق وطبيعته ، فعنصر الغير يتوافر في كافة الحقوق الشخصية والعينية ، غير أن الحقوق الشخصية تتميز فضلاً عن احترام الكافة لها ، بوجود التزام محدد يقع على عاتق شخص معين ، هو المدين بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بأداء ، فالحق الشخصي يقع واجب احترامه على المدين بصفة محددة أولاً ثم على الكافة بعد ذلك .

ويظهر لنا مما سلف أن « دابان » يستلزم لقيام الحق وجود الغير ، لكي يمكن لصاحب الحق أن يستأثر به ويتسلط عليه ، ويتعين على الغير الالتزام باحترام الحق . وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه ، الإضرار بصاحب الحق في استثنائه وتسلطه ، فإن وقع ما يعكس صفو استثنائه وتسلطه ، كان له أن يدفع ذلك عن طريق الاقتضاء ، وهذا الاقتضاء يتمثل هنا في المطالبة برد ما وقع من اعتداء .

ومما يجدر ملاحظته أنه لا يلزم لظهور فكرة الحق أن يحصل اعتداء فعلى على الحق ، أو أن تحدث مطالبة أو اقتضاء من صاحب الحق (٤٥) .

#### ٣٨ — (٤) عنصر الحماية القانونية :

يعتبر « دابان » أن عنصر الحماية القانونية ، عنصراً هاماً من عناصر الحق ينبغي عدم تجاهله عند تعريف الحق ، والحماية القانونية تعنى أن يضمن النظام القانوني والدولة الحقوق التي تم الاعتراف بها للأفراد ، فالحق الكامل هو الحق الذي يحميه المجتمع عن طريق وسائل منظمة قانوناً ، وعلى ذلك فإن مجرد فرض احترام الغير للحق لا يكفي في حد ذاته لقيام جوهر الحق عند « دابان » . ولذلك لا مفر من استعمال هذه الوسائل المنظمة قانوناً لحماية الحق ، وأهمها الدعوى القضائية ، فهي الطريق الذي رسمه القانون لتحقيق

---

Dabin, le droit subjectif . p 93. etc.,, (45)

وراجع : د . توفيق فرج فقرة ٢٧٢ ص ٤٥٥ وما بعدها ، و د . حسن كبره ص ٤٣٧ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة ص ١٤٧ ، و . حمدي عبد الرحمن فقرة ١٨ ص ٢٦ ، و د . محمد محمد المهدي ص ٢٢ .

هذه الحماية ، فلصاحب الحق أن يستعملها أو لا يستعملها طبقا لمبدأ التسلط المكون للحق ، لان الدعوى هي نتيجة لازمة للحق ، وهى السبيل الذى يمكن من تدخل السلطة العامة لحماية الحق ، طالما لم يعد هناك أى مجال للقصاص الفردى فى نطاق الحقوق ، ولا يمكن للفرد أن يسترد حقه بقوة ساعديه (٤٦) . فاذا كان لصاحب الحق التسلط على الحق نفسه ، وله كذلك القدرة على الاقتضاء ، فانه يظل — فى الاصل — متسلطا على استعمال سلطته فى حماية القانون .

واهم الوسائل التى يخولها القانون لصاحب الحق ، هى الدعوى والدفع ، فلصاحب الحق أن يلجأ الى القضاء اذا ما وقع الاعتداء فعلا على حقه ، وكذا فى حالة التهديد بوعوقه ، ليتمكن من دفع الاعتداء قبل أن يقع أو ازالة آثاره بعد الوقوع ، ولصاحب الحق أن يلجأ الى وسيلة الدفع لحماية حقه أمام القضاء اذا ما اقتضى الامر ذلك .

واذا كانت الحماية القانونية تعد عنصرا جوهريا فى الحق ، فهى لازمة كذلك لكى يعتبر الاستثناء حقا ، ولانها تنقل الاستثناء من حالة واقعية الى حالة قانونية ، أى تنقله الى دائرة الحقوق المحمية ، تميزا له عن استثناء المفتصب والسارق ، لان استثنائها لا يعد حقا ، وانها هو مجرد حالة واقعية لا يحميها القانون ، بل على العكس فانه يحمى منها ، ويزيل آثارها .

---

(٤٦) فالدعوى لازمة لوجود الحق ، ولهذا فلا يوجد هناك حق طبيعى يقابل ما يسمى بالالتزام الطبيعى — وهو الالتزام الذى لا يستطيع فيه الدائن اجبار الدين على ادائه — فالالتزام الطبيعى ليس الا التزاما ناقصا ، يرتب حقا ناقصا ، لانه يبقى قانونا بدون دعوى ، ولا يمكن الاجبار على تنفيذ هذا الالتزام من الناحية القانونية ، وان كان للدين أن يقوم بأدائه اختيارا .

Dapin · le droit subjectif · p. 90 .

وراجع فى هذا المعنى : د . حسن كيره فى المدخل الى القانون طه س ١٩٧٤ ص ٤٤٤٢ ، و د . توفيق حسن مرج فى المدخل للعلوم القانونية ط ٢ س ١٩٨١ ص ٥٩ { هامش ١ .

وإذا كانت الحماية القانونية لازمة للحق ، فإن هذا لا يعنى الخلط بين الحق والدعوى ، « فدابان » يرى أن الدعوى تتبع الحق ، وتخول في ذات الوقت حقاً جديداً متميزاً من الناحية الرسمية عن الحق المحمى ذاته ، هذا الحق الجديد ، وهو الحق في الدعوى ( droit d'action ) ، الذى يستقل تماماً — كما قلنا — عن الحق الذاتى الذى تحميه .

والاصل أن صاحب الحق في الدعوى هو نفسه صاحب الحق المحمى ، ولكن في بعض الحالات — مثل حالة المجنون والطفل — تنتقل مباشرة هذا الحق فقط الى شخص آخر ، فالدعوى لا تنتقل اليه — أى للولى أو الوصى أو القيم — ولكن مباشرتها فقط هى التى تنتقل اليه فحسب ، وتبدو معالم الاستقلال بين الدعوى والحق أيضاً ، بصورة بارزة ، في الحالة التى يتم التنازل فيها عن الخصومة ، فإن هذا التنازل لا يؤدى بذاته الى التنازل عن الحق الذى يظل قائماً وواجب الاحترام ، بصرف النظر عن الدعوى وماتم فيها ، لأنها أثر من آثار الحق تترتب عليه ، وتستقل بذاتها عنه ، ولذا يجوز التنازل عنها ولا يترتب عليه أى اخلال بالحق ذاته . كما أن الحق في الدعوى قد يتوافر لشخص لا يكون مزوداً بحق بالمعنى الدقيق ، فمثلاً دعاوى الحيازة تحمى الحيازة في حد ذاتها ، بالرغم من أن رافع الدعوى ليس له حق بالمعنى الفنى الدقيق ، بل هو يستفيد من حماية يضيفها القانون على واقعة مادية ، وفق شروط معينة ، تحقيقاً للامن الاجتماعى (٤٧) .

ومما يجدر ملاحظته أن الحق في استثنائه أو تحريك سبل الحماية القانونية للحق لا يتأتى الا اذا وجد الاعتداء أو التهديد . فطالما ظل الحق محترماً من الغير ، فلا داعى يدعو الى استعمال الدعوى القضائية نظراً لافتقارها لحل ورودها وهو وقوع الاعتداء أو التلويح به .

---

(٤٧) د . توفيق حسن فرج فقرة ٢٧٣ ص ٥٨ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة ص ١٤٦ وما بعدها ، و د . حمدى عبد الرحمن فقرة ١٩ ص ٢٦ ، ٢٧ ، و د . محمد محمد المهدي ص ٢٢ ، ٢٣ .



### ٣٩ — تقدير اتجاه « دابان » في التعريف بالحق :

لقد حرص الاستاذ « دابان » على التمييز جيدا بين الحق في ذاته وبين مباشرته أو استعماله . فهو قد جعل عنصر التسلط نتيجة لازمة لعنصر الاستئثار وقرينا له لا ينفك عنه . فصاحب الحق هو من يستأثر به ، لا من يستعمله أو يباشره ، وبهذا حدد دابان الارادة في الحق ، فهي ليست لازمة لوجوده ، ولكنها لازمة فقط لمباشرته . كما حرص على استبعاد لفظ المصلحة في تعريف الحق واستبدل بها فكرة الاستئثار ، ولهذا لم يجعل معنى الاستئثار مجرد التمتع أو الانتفاع ، بل جعله مرادفا للاختصاص والانفراد (٤٨) .

وقد ورد على هذا الاتجاه مجموعة من الانتقادات (٤٩) التي تحول دون الاخذ بفاهيمه كلها ، لان الاستاذ « دابان » ، قد عبر في هذه المفاهيم عن بعض الحقيقة ، ولكن اتجاهه لم يحظ بالقبول التام من أغلب الفقهاء . فقد تعرض لبعض أوجه النقد وأهمها ما يلي :

١ — ان العنصر الاول ، وهو عنصر الاستئثار أو الاختصاص أو الاسناد ، قد عبر به « دابان » عن مضمون التملك Avolt ، ولفظ الاستئثار أو الاختصاص ، ليس سوى مجرد صياغة براءة لتعبير التملك لانه يتطابق مع تعبير الاختصاص الذي يقول به دابان في بنائه لمذهبه الحديث . وان كان الحائز أو المقتصب أو السارق لا يتوافر له وصف الاختصاص ، الا أن هذا الامر لا خلاف فيه على الاطلاق ، لا قبل مذهب دابان ولا بعده ، فمن المعلوم

---

(٤٨) د . عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨١ ص ٢٦٧ .

(٤٩) راجع في هذه الانتقادات : د . جميل الشرقاوى في دروس في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٥ ص ١٦ وما بعدها وأيضا في دروس في اصول القانون ط ١٩٧٢ فقرة ٨٣ ص ٢٤٢ وما بعدها ، و د . أحمد سلامة فقرة ٨٢ ص ٤٩ وما بعدها ، و د . توفيق مرج فقرة ٢٧٥ ص ٤٦١ وما بعدها ، و د . جمدى عبد الرحمن فقرة ٢٠ ص ٢٧ وما بعدها ، و د . محمد محمد المهدى ص ٢٣ وما بعدها .

أن حيازة الغاصب أو السارق حيازة عرضية ظاهرة لا تخوله أى حق من الحقوق للمالك أو الاختصاص .

٢ — أن عنصر الاستثناء بالمعنى الذى ورد فى مذهب « دابان » ، لا يصدق على الحريات التى اعتبرها من قبيل الحقوق ، كما لا يصدق على بعض الحقوق ، مثل حق الانتفاع بالمرافق العامة ، لأنها بعيدة عن أن يستأثر بها فرد معين . ففكرة الحق كما حددها « دابان » لا تبرز الا فى نطاق القانون الخاص أما فى نطاق القانون العام فإن الاستثناء كمميز للحق يخفى ليحل محله مميز آخر (٥٠) ، لان الحقوق العامة — وهى تدخل فى نطاق القانون العام

(٥٠) وقد حاول جانب من الفقه القانونى انكار هذه التفرقة ، وذهب الى أن الاستثناء كما هو موجود فى القانون الخاص ، موجود كذلك فى الحقوق العامة وشرح فكرته قائلا : ( ... فكل شخص له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لا يستطيع أحد أن ينافى فيها ، صحيح أنه لا يملك لنفسه شيئا يسمى « حرية الاعتقاد » بأكمله ، ولكن من ذا الذى يتطلب أن يكون الشخص مالكا للأراضي الزراعية كلها مثلا ، حتى يثبت أنه مالك زراعى ؟ اليس يكفيه أن يملك فداناً أو بضعة أفدنة مادام يستأثر بها دون غيره ، فكذلك الحال بالنسبة لحرية الاعتقاد مثلا ... » انظر فى ذلك د . جميل الشرقاوى دروس فى النظرية العامة للحق ط ١٩٥٥ ص ٢٩ .

وقد رد الدكتور أحمد سلامة هذه المحاولة بمنطق مقنع للغاية ، تؤيده فيه فقال : « والحق أن هذا الانكار مردود . فلم يقل أحد أنه لى يتوافر الاستثناء لابد أن يحتكر الشخص نوعاً معيناً من القيم كالأراضي الزراعية ، أو كالدائنية فى مشارق الأرض ومغاربها ، ولكننا نقول أنه لى يتوافر الاستثناء لابد أن تحتكر قيمة معينة ، ضيئلة كانت أو عظيمة ، فداناً أو مائة أو قيراطاً ، وهذا الاحتكار بالنسبة لهذه القيمة لا يشارك فيه بذاته أحد . ومن هنا أساس التفرقة بين الحقوق الخاصة والحقوق العامة — تبعاً لمصدرها — لا يزال قائماً ، ففى الأولى لا يملك أحد عين ما تملك ، أما فى الثانية فيملك كل الناس عين ما تملك !! » ويواصل حديثه بعد هذا الرد قائلاً : « واذا جدر أن نمتنع عن إطلاق لفظة « الحق » على تلك القيم التى يكون القانون العام مصدراً لها ، بل نبحث لها عن تسمية أخرى — ( ولا مانع عند الدكتور أحمد سلامة من أن يطلق عليها تسمية المركز القانونى ) — وحتى يتفق على هذه التسمية يجب دائماً أن يكون حاضراً فى ذهن أنها حقوق ليس لها نفس طبيعة الحقوق التى يخولها القانون الخاص » . انظر : مقدمة القانون الجنى ط ١٩٦٣ ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

. يتمتع بها الجميع ، وبزاولها الكل في وقت واحد (٥١) .

٣ — ان الصلة بين العناصر الاربعة المكونة لجوهر الحق عند « دابان » ، ليست علاقة استقلال وتفرد ، وانما هي علاقة تداخل ، فقد كان من الممكن الاعتماد على عنصر اساسى منها وهو عنصر الاستثنائ ، وما أورده دابان بعد ذلك يترتب على هذا الاستثنائ ، لانه تعبير مرادف للحق ويتضمن كل معناه ، ولان البحث عن الحق ما هو الا بحث عن معنى استثنائ شخص بقيمة مادية او أدبية والانفراد بها دون سائر الاشخاص . فالعناصر الثلاثة المتبقية مترتبة على العنصر الاول ، واذا ما راجعنا اقوال « دابان » نجد انه يفصح ضمنا عن هذا المعنى في مذهبه ، فيقرر ان العنصر الاول وهو الاستثنائ او الاختصاص يؤدي الى تسلط صاحب الحق على القيمة محل الحق (٥٢) ، ثم ان الاستثنائ والتسلط يؤديان الى وجوب احترام الكافة ( اى الغير ) للحق . ومن المعلوم ان النظام القانونى يضع تحت تصرف صاحب الحق وسائل مستقلة ، تمثل حقا جديدا يلحق بالحق الذى تقررت حمايته ( الدعاوى او الدفوع ) وتسند ممارسته الى صاحب الحق نفسه .

من هذا يتبين لنا ان « دابان » يقرر في مذهبه ان العنصر الاول ( الاستثنائ ) هو جوهر الحق ، وأن العناصر التالية انما تترتب عليه ، ثم يعود فميرد العناصر الاربعة التى تتخلل اليها فكرة الحق الى عنصرين أساسيين يقوم عليهما تعريف الحق ، اولهما الاستثنائ بما يستتبعه من تسلط ، اى ان

---

(٥١) وقد اوضحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ذلك ، فقالت يقصد بالحق « كل مكنة تثبت لشخص من الاشخاص على سبيل التخصيص والانفراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الاعيان ، أو حقه فى اقتضاء دين من الديون ، أو حقه فى طلاق زوجته . اما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة ودون ان تكون محلا للاختصاص الحاجز ، فرخص أو ابحاث كالحريات العامة وما اليها » . انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الاول ص ٢٠١ .

(٥٢) د . جميل الشرتاوى فى دروس فى اصول القانون ط ١٩٧٢ فقرة ٨٣ ، و د حمدى عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ فقرة ٢٠ :

الاستثناء له نتيجة حتمية هي التسلط ، والثاني الحماية القانونية ، ثم يعود تارة أخرى ويقرر أن العنصرين الاول ( الاستثناء ) والثاني ( التسلط ) هما جوهر الحق وأنهما وجهان لحقيقة واحدة ، ثم يعود للمفاضلة بينهما بالقول بأن الاستثناء هو أساس التسلط ، وأنه يحدده . فدأبان قد عرض مذهبه بهذا الشكل في اطار غير واضح بصورة كافية ، ولذا كان هذا التعدد في العرض مدعاة للنقد وبشدة .

٤ — ان موقع الارادة غير واضح في تعريف « دأبان » للحق ، فهو يرى ان التسلط ، أو حرية التصرف ، لا يترتب عليه امكانية ممارسة الحق فعلا ، اذ يكفى ان يوجد من يستطيع هذه الممارسة غير صاحب الحق . فالجنون والطفل غير المميز ، محظورا عليهما ممارسة التسلط فعلا ، ومع ذلك لا يؤدي هذا الحظر الى الانتقاص من استثنائهما أو تسلطهما أو من اسناد الحق اليهما ، لان قدرة التصرف تعود اليهم بمجرد زوال حالة المنع . والتسلط يبقى في مثل هذا القرض ، في صور الامكانية المعنوية للتصرف بالرغم من تخلف الامكانية الفعلية .

فهذا التحليل الذي ساقه الاستاذ « دأبان » للتمييز بين الحق في ذاته وبين مباشرته أو استعماله تمييز يشكر له في غير هذا المجال : لانه هنا وفي نطاق ما جاء بصده بعد تحليلا لا يستقيم مع المنطق ، ولا يضع الامور في اطار صياغة مفهومة . فالتسلط في حد ذاته يقتضى وجود الارادة الواعية والميزة بدرجة ملموسة ، لان « دأبان » نفسه يؤكد على أن ما يميز التسلط هو حرية التصرف وليس الممارسة الفعلية ، وأن هذه الحرية تتضمن مجموعة من الامكانات ، سواء على مستوى التصرف أو على مستوى الاختيار بين الفعل الايجابى ، ومجرد الامتناع فكيف يمكن التسليم بهذه القدرات بالنسبة لعديم التمييز ؟ وهذه القدرات ولاشك تحتاج الى مستوى معين ، بعيد المنال عن ناقصى الاهلية .

٥ — ان « دأبان » عند تعريفه للحق قد سلك مسلكا فصل فيه بين

التزام الأشخاص بالحق وبين واجب احترامهم له ، وبين الوسيلة التي يتم بها اقتضاء هذا الواجب ، فصلا لا يقوم على اساس من المنطق .

٦ — ان الحق عند « دابان » ميزة ، والميزة لا تخرج عن كونها أحد أمرين : أما ان تكون هي القدرة الارادية ، كما وردت في الاتجاه الشخصي ، وأما ان تكون هي المصلحة كما عبر عنها الاتجاه الموضوعي . وكلاهما محل للنقد<sup>(٥٣)</sup> ع فتعريفه بناء على ذلك يدخل في نطاق المذاهب المختلطة او الاتجاه المختلط ، ويرد عليه من النقد ما قد ورد على هذه المذاهب التي جمعت بين الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي بصورة منتقدة<sup>(٥٤)</sup> .

يمكننا أن نقول — وبحق — بعد عرضنا السالف للاتجاهات المختلفة والمذاهب المتعددة في التعريف بالحق ، ان الاتجاه الذي سلكه الاستاذ « دابان » بالرغم من كل ما وجه اليه من نقد ، قد فتح الباب واسعا أمام العديد من المحاولات الاخرى للتعريف بالحق ، فقد قام بعض فقهاء القانون المدني بعدة محاولات ، وقد أثبتت هذه المحاولات تراثا فقهيا واضحا في نطاق الدراسات القانونية ، وكان من أبرزها على الاطلاق تعريف الأستاذ روبييه (Roubier) للحق في مؤلفه المنشور في باريس سنة ١٩٦٣ والذي أطلق عليه اسم « الحقوق والمراكز القانونية » ، وقد بدأ الأستاذ روبييه نظريته في التعريف بالحق بالتفرقة بين القاعدة القانونية والمركز القانوني ، فالقاعدة القانونية عامة ومجردة ، أما المركز القانوني فهو فردي ، والمركز القانوني عنده يتميز بثلاث خصائص هي : الشرعية ( Legitimite ) واحترام الغير ( opposabilité ) ، والجزاء ( sanction )<sup>(٥٥)</sup> . وقد ميز هذا الفقيه

---

(٥٣) راجع الانتقادات الواردة على الاخذ بالاتجاه الشخصي أو الاتجاه الموضوعي فيما سبق فقرة ٢٧ وفقرة ٢٩ .

(٥٤) راجع في نقد الاتجاه المختلط فيما سبق فقرة ٣١ ٤ .

(٥٥) راجع : روبييه في مؤلفه عن الحقوق الفردية والمراكز القانونية باريس ١٩٦٣ ص ١ وما بعدها ، وقد أشار اليه د . حمدي عبد الرحمن في فكرة الحق ص ٢٩ هامش ٤ .

الحق عن بعض المراكز القانونية التي قد تشبهه أو تختلط به ، كالحرية والوظيفة ، والرخصة والسلطة ، فبين معانيها ثم فصلها عن الحق ، وقد تأثر به بعض فقهاء القانون في مصر (٥٦) ، غير أن الغالبية العظمى منهم قد قللوا بمحاولات لتعريف الحق ، تعتبر كلها امتدادا للاتجاه الحديث في التعريف بالحق ، فقد تأثر أغلبهم بهذا دابان في تعريف الحق ، بل قد قال أكثرهم به مع اقتراح ادخال بعض التعديلات عليه (٥٧) ، ولذا فإن اتجاه

---

(٥٦) وعلى الاخص د . حمدي عبد الرحمن في المرجع السابق ص ٣٤ وما بعدها .

(٥٧) راجع في اتجاهات بعض الفقهاء المصريين في التعريف بالحق ما يلي :

د . شمس الدين الوكيل في محاضرات في النظرية العامة للحق س ١٩٥٣ — ١٩٥٤ ص ١٧ ، و د . اسماعيل غانم في محاضرات في النظرية العامة للحق ط ٢ س ١٩٥٨ ( ص ١٧ ) فقد عرف الحق بأنه عبارة عن استئثار شخص بقيمة معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جدية بالحماية . و د . حسن كيره في المدخل الى القانون القسم الثاني ، النظرية العامة عنصر الرابطة القانونية ( le rapport de droit ) ويرى أنها تنقسم الى قسمين لنحق ط ٥ س ١٩٧٤ فقرة ٢٣٠ ص ٤٣٦ وما بعدها ، فقد ابرز في تعريفه للحق روابط اقتضاء وهي تلك التي لا تكون الا بين شخص وآخر ، وروابط تسلط ، وهي لا تتصور الا من شخص على شيء . و د . جميل الشرقاوي في دروس في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٥ ( ص ٢٧ ) وقد عرف الحق بأنه قدرة لشخص من الاشخاص على أن يقوم بعمل معين يمنحها القانون ويحميها تحقيقا لمصلحة يقرها . و د . احمد سلامة في المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثاني — مقدمة القانون المدني ط ١٩٦٣ فقرة ٨٢ ص ١٤٩ وما بعدها ، وقد ابرز في عرضه لنظرية « دابان » عنصرى الاستئثار والحماية القانونية ، وأجرى بعض التعديل في صيغة تعريف الحق عند « دابان » فقال : ان الحق عبارة عن « استئثار يقره القانون » . و د . توفيق حسن فرج في المدخل للعلوم القانونية ط ٢ س ١٩٨١ فقرة ٢٧٥ ص ٦١ وما بعدها ، وقد عرف الحق بأنه : « استئثار » بشيء أو قيمة استئثارا يحميه القانون » ، وركز في تعريفه على عنصرى الاستئثار والحماية القانونية . و د . عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية الحق ط ١٩٥٤ ( ص ٨ ) و د . محمد سامي مذكور في نظرية الحق ط ١٩٥٤ ( ص ٩ ) وقد عرف الحق بأنه « سلطة ( faculté ) يقرها القانون لشخص معين وبمقتضاها يكون لهذا الشخص

« دابان » بعد التعديلات التى أوردها الفقهاء عليه ، يعد من أفضل الاتجاهات فى نظرنا ، والتعريف الذى نقول به ، نرجى ذكره لما بعد المقارنة السريعة والمركزة التى سنعقدها على التو ، بين الحق فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، لتبرز أوجه الاختلاف بينهما ، ولنقف على مضمون جوهر الحق عند كل منهما .



---

ميزة *Avantage* القيام بعمل معين » و د . عبد المنعم فرج الصده فى نظرية الحق فى القانون المدنى ط ١٩٥٠ ص ٧ ، و د . عبد الحى حجازى فى مذكرات فى نظرية الحق ط ١٩٥١ ص ١٥ ، و د . شفيق شحاته فى محاضرات فى النظرية العامة للحق ط ١٩٤٨/١٩٤٩ ( ص ٩ ) فقد عرف الحق بأنه « صلة بين طرفين ينطوى على مصلحة يحميها المشرع » — الوضعى — ، وقد نفذ هذا التعريف د . سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية ط ٢١ س ١٩٥٢ ص ٣١٥ هامش ٤ . و د . منصور مصطفى منصور فى مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ج ٢ نظرية الحق ط ١٩٦١ ( ص ٢٠ ) يعرف الحق بأنه « نسبة ماله قيمة اجتماعية الى شخص يقرها القانون » و د . عبد المنعم البدراوى فى مبادئ القانون ط ١٩٦٩/١٩٧٠ ( ص ٢٦٨ ) يعرف الحق بأنه « اختصاص أو استثناء » شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة تحت حماية القانون » . و د . عبد الناصر توفيق العطار فى مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط ١٩٧٩ فقرة ١٧٢ ( ص ٣٦ ) يعرف الحق بأنه « سلطة يثبتها القانون لشخص تكون ميزة له لتحقيق مصلحة مشروعه » . و د . عبد الودود حسن يحيى فى المدخل لدراسة القانون ط ١٩٧٦ ص ٢٥١ ، و د . محمد شكرى سرور فى النظرية العامة للحق ط ١٩٧٩ س ٣٨ ) يعرف الحق بأنه « مركز قانونى » يخول من ينفرد به — فى حدود القانون — أن يستأثر بمصلحة ما ، اما بالحصول عليها مباشرة من التسلسل على شىء ، أو باقتضائها ممن يكون فى مركز المكلف بترتيبها » ، وانظر قرب هذا د . حمدي عبد الرحمن فى فكرة الحق ط ١٩٧٩ ص ٣٤ ، ٣٥ .

## المطلب الخامس

### أوجه الاختلاف بين الحق في الفقه

### الإسلامي والقانون الوضعي

#### ٤٠ — صور من أوجه الاختلاف بينهما (٥٨) :

ان الحق في الفقه الإسلامي يختلف عن الحق في القانون الوضعي من وجوه كثيرة أهمها : الاختلاف من حيث المصدر ، ومن حيث جوهر الحق ذاته ، ومن حيث الأثر المترتب عليه سواء بالنسبة لصاحبه أو المتعلق به ، ثم من حيث حدود الجزاء أو الحماية المقررة له .

ولكى نبين أوجه الاختلاف هذه ، نعرض لكل منها في فقرة مستقلة في إيجاز وتركيز ، لنبرز مظاهر الاختلاف بصورة قاطعة بين الحق في الفقه الإسلامي ، والحق في القانون الوضعي ، ولنقف على مدى البون الشاسع بين جوهر الحق بمتعلقاته وآثاره في كل منهما ، مع الالتزام — كما قلنا — بالاختصار ، بل والاختصار الشديد بالقدر الذي يسمح به هذا المقام .

#### ٤١ — الاختلاف من حيث المصدر :

ان الشارع على الإطلاق في الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه واتجاهاته هو الله سبحانه وتعالى ، وكذا فان مصدر الحقوق كلها من الحق جل وعلا ، ولا خلاف على ذلك بين فقهاء الشريعة الإسلامية . فالمولى سبحانه وتعالى قد

---

(٥٨) لقد أورد الدكتور محمد محمد المهدي في محاضراته في نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٢٨ — ص ٤٠ بعض مظاهر الاختلاف بين الحق في الفقه الإسلامي والقانون ، وباختصار بالغ مع اغفال بعضها ، ولذا فقد حاولنا أن نبرز أغلب مظاهر الاختلاف الهامة — في نظرنا — والتي لا ينبغي اغفالها في هذا الصدد نظرا لأهميتها في بيان هذه التفرقة بصورة لا تدع مجالا لقول قائل ، أو اعتراض معترض .



تتدخل على خلقه ببعض الحقوق ، لحكمة يعلمها — عز وجل — ظاهرها  
عمارة الارض ، والضرب فيها سعيًا على الرزق ، ومن قبل ذلك أداء الرسالة  
الاساسية التى خلق الانسان من أجلها ، وأعطى الخلافة فى الارض لتحقيقها  
ونشرها والعناية بها وهى العبودية والانقياد لطاعة الله تعالى مصداقًا  
لقوله سبحانه وتعالى : **(( وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون ))** (٥٩) ، فمصدر  
الحق فى الشريعة الاسلامية — بلا ريب — هو الله سبحانه وتعالى ، وليس  
للمخلوق على خالقه أى حق من الحقوق ولكن الله بوسع فضله وعظيم  
رحمته ، قد امتن على الانسان ببعض الحقوق ، فهى من الله منة ومنحة  
بلا أى حق فيها ، الا حق الفضل والرحمة من الله أرحم الراحمين .

أما فى القانون فان المنشئ للحقوق ، والمقرر لها ، ومصدرها الاساسى  
هو القانون ذاته ، فهو ينشئ الحقوق وفق ما يقضى به صالح الجماعة التى  
يقرر منها ، وفق المذهب الاجتماعى الذى تعتنقه — الفردى والجماعى — أو  
تسير على دربه أو تشايعه ، والقانون فى اثباته للحقوق يعتمد على وقائع أو  
أحداث أو تصرفات يقرها ويعتبرها من المصادر المباشرة للحق ، على أساس  
أنه يتولد منها (٦٠) .

ولسنا هنا بصدد مقارنة بين مصدر الحق فى الفقه الاسلامى  
ومميزاته ، وبين مصدر الحق فى القانون الوضعى ، لانه لا وجه للمقارنة بين  
صنع الخالق وصنع المخلوق ، فالخالق سبحانه وتعالى هو الفاطر للانسان  
العليم بما يصلحه قال تعالى : **(( الا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير ))** (٦١) ،  
وقد أحاط بكل شئ علما ، فحكمه يشمل الظاهر والباطن ، والغيب  
والشاهد والحاضر والمستقبل فلا يمكن لاحد سواه — سبحانه وتعالى —  
أن يحيط بذلك علما يقينيا مؤكدا . أما المخلوق فلا يمكنه أن يدرك سوى

---

(٥٩) سورة الذاريات الآية ٥٦ .

(٦٠) راجع كتب المقدمات والمداخل للعلوم القانونية فى هذا الصدد .

(٦١) سورة الملك الآية ١٤ .

بعض الظواهر التي تحيط به ، ولذلك فهو يضع أحكاما قاصرة يبدلها ويغيرها مع تغير الزمان وتعاقب العصور ، وهذا أمر واضح للعيان نلاحظه في تعدد القوانين وتبدلها ، ومن لا يدرك الفرق في مصدر الحق بين ما شرعه الله تعالى ، وما يضعه بعض الناس للناس ، انسان لا يملك القدرة على التمييز بين التبر والتراب ، ومن كان كذلك فليس عنده مسكة عقل تذكر ، لذا لا يعول على رأيه .

#### ٤٢ — الاختلاف من حيث جوهر الحق ذاته :

ان جوهر الحق في الفقه الاسلامي مستمد — كما ذكرنا — من الله سبحانه وتعالى ، فهو الشارع على الاطلاق ، ولذا فان كافة الحقوق التي منحها الحق جل وعلا للناس سواء ما تعلق منها بأشخاصهم أم بأموالهم أم بما عليهم من تكاليفه شرعية ، فيها حق لله تعالى مستقل تارة ومشترك تارة أخرى مع حق العبد ، حتى في الحقوق التي يقول الفقهاء عنها أنها حقوق محضة للعبد ، أى خالصة له ، مثل حق كل انسان في ملكه الخاص ، وفي ماله ، فهذا يعد من الحقوق المتمحضة للعبد ، فله وحده حق التصرف فيها ، والمطالبة بها ، أو إسقاطها ان كانت تحتل الاستقاط ، ومع ذلك فان الله في هذه الحقوق حق ظاهر لا ينكر ، فاذا ما تصرف العبد في ماله فوضعه في غير محله أو بذر فيه ، أو أتلفه لمجرد ارضاء هواه ، فانه بذلك يقع تحت طائلة العقاب الاخرى ، ولا يستحق العقاب الا اذا كان قد فرط في شيء فيه حق لله تعالى ، قال سبحانه : **« ولا تجعل يدك مفلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا »** (١٢) وقال جل وعلا : **« ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا »** (١٣) ، فحق الله تعالى لصيق حتى بخصوصيات الانسان المتعلقة بحواسه أو بجسده ،

---

(٦٢) سورة الاسراء الآية ٢٩ .

(٦٣) سورة الاسراء الآية ٣٦ .

فهو كله ملك لله تعالى ، وليس للانسان على جسده سوى حق الانتفاع به في حدود ما شرعه الله له ، وبلا افراط أو تفريط ، والى هذا الحد يتغلغل حق الله تعالى في الانسان بكافة ماله وما عليه في ذاته ، وفي كل ما سخر له .

أما الحق في القانون فهو شيء مقرر لمصالح الانسان له أن يتصرف فيه ان كان حقا خاصا بكافة أنواع التصرف في حدود المصالح التي يتوخاها القانون من هذه الحقوق ، وبلا اعتداء على حقوق الغير ، فللانسان مثلا أن يتصرف كيفما شاء في ممتلكاته بلا أدنى مراجعة أو محاسبة من أحد أو حظر عليه ، طالما أن تصرفه لم يدخل في دائرة السفه وفي حدود من يضره هذا السفه كالدائن الذي لم يحل حقه ، والوارث ، وكذا كل من له حق قبل هذا السفه ، بشرط أن يثبت ذلك ، ومع هذا تقع كافة تصرفات السفه البالغ لرشد القانوني — ٢١ سنة — صحيحة حتى يتم الحكم بالحجر عليه ، وفي اطار القواعد التي يضعها القانون أو يقررها في هذا الشأن .

فالحق في ذاته ملك لصاحبه ابتداء ومن حقه ان يتصرف فيه بكافة أنواع التصرف بلا أى قيد ، ومن باب أولى فان للانسان في ظل القانون كامل الحرية في ذاته ، فلا يسأل عن اجهاده لنفسه ، أو تناوله للمواد التي تضر بصحته ، طالما تم ذلك بشكل لا يزعج الامن العام ، ولا تعلق السكنية العامة ، وفي المكان المخصص لذلك حتى لو أدى به تصرفه الاهوج نحو نفسه الى اصابته بما يعجزها بصورة شاملة أو جزئية ، بل على العكس القانون يعطى مثل هذا الشخص المفرط في صحته ، والذي أضر نفسه بنفسه الحق في العلاج المجاني على نفقة الدولة ، واذا امتنعت احدى المستشفيات العامة عن استقباله أو علاجه ، أو قصرت حتى في علاجه بدرجة الحقت به بعض الضرر ، أو أدت الى استفحال المرض الذي كان هو ذاته أحد أسبابه الظاهرة ، يمكن لهذا الشخص أن يرفع دعوى على هذه المستشفى ويعطيه القانون الحق في التعويض اذا كان هناك ما يقتضى ذلك ، وتمكن من اثبات ما يدعيه ، ان كان يحمل في طياته ما يعاقب عليه القانون .

والانسان فى ظل القانون يستطيع أن يهلك نفسه بالانتحار بلا أى مسئولية أو عقاب ، لان القانون لا يتوجه بأحكامه الا الى العقلاء من الاحياء أو الاشخاص المعنوية التى اصطنعها ، أما الاموات فلا يقعون تحت طائلة أى قانون ، بعكس ما جاء فى شريعة الاسلام بصدد المنتحر ، فإنه يعاقب على هدمه لحياته التى لا يملكها ملكا تاما لانها بنيان الرب سبحانه وتعالى ، يعاقب فى الآخرة ، لانه ينتقل الى حياة أخرى لا يعلمها على حقيقتها الا الله تعالى ، ونحن مطالبون بالايمان بها ، بل ان الميت بمجرد موته تقوم قيامته « فمن مات قامت قيامته » — كما علمنا المصطفى صلى الله عليه وسلم .

من هذا يبين لنا أن جوهر الحق ذاته وبجميع أنواعه يختلف اختلافا جوهريا فى الفقه الاسلامى عنه فى الفقه الوضعى او فى القانون ، فقد ظهر لنا أن جميع الحقوق التى يتمتع بها الانسان لا يخلو أى حق منها من وجود حق لله تعالى فيه ، أما القانون فإن أغلب الحقوق خصوصا ما يتصل منها بشخص الانسان ، أو ما يسمى بحقوق الشخصية ، وما يتصل منها بالاموال ، فإن القانون لا تدخل له فيها على الإطلاق الا فى حدود حمايتها بالدفاع عنها أو بمنعها من مجاوزة النطاق المقرر لها بلا تعسف فى استعمال الحق ، ولا مبالغة فى سلطان القانون .

#### ٤٣ — الاختلاف من حيث الاثر المترتب على الحق :

ان تمتع الانسان بما منحه الله سبحانه وتعالى له من حقوق ، فيه مصلحة محققة له فى الحياة ، لان فاطر الكون وبارى النسمة يعلم ما يصلحها بلا ريب ، فالمصلحة المترتبة على استعمال الحقوق الممنوحة من الخالق سبحانه وتعالى بالاضافة لما فيها من متعة وسعادة واستقرار فى الدنيا ، فيها أيضا طاعة وامثال لأوامر الله ، تترك أثرها الملموس على نفس الانسان وسريره ، فيطمئن فؤاده ، وينشرح صدره ، ويؤدى عمله فى ثقة واطمئنان ، فيجمع بين متعة الظاهر باستعمال حقه ، ومتعة الباطن بامتثاله لأوامر ربه تعالى ، وهو بين المتعنتين يعيش حياته بعيدا عن القلق والاضطراب ، بفضل

سكينة الباطن واطمئنان الفؤاد ، بل ان حق الزوج في اتيان زوجته ، فيه متعة له ، وطاعة لربه يستحق عليها المثوبة ، والى هذا الحد يبلغ الاثر المترتب على استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، فهو اثر لا يقتصر على الانتفاع بالحياة وما فيها ، وانما يمتد الى الاستمتاع بما بعد الحياة ، لانه يشتمل على طاعة وامثال ، وكل طاعة لها ثوابها الدنيوي والاخرى ، ففى الدنيا آثار الطاعة تبدو في حسن العمل والتوفيق فبه ، مع تحقيق الصحة النفسية في افضل صورها لكل من يؤدي الحقوق او يستعملها في حدود ما شرعه الله تعالى ، فيتحقق له النجاح دينا ودنيا ، وفي الآخرة يسعد بها اعدده الله للطائعين ، ولا ينبغي لرجل القانون ان يقول ان هذا كلام انشائي لاصلة له بدنيا القانون من بعيد او من قريب ، لانا نجيب عليه على التو باننا هنا بصدد توضيح وجه الاختلاف بين القانون والفقه الاسلامي بالنسبة للآثار المترتب على استعمال الحق . وما ذكرناه من آثار تترتب على استعمال الحق او تاديته في حدود ما شرعه الله سبحانه وتعالى ، حقيقة لا يعلمها الا من يعيشها ، ولا تستطيع ان تنقل مثل هذه الصور بأحاسيسها الملموسة لدى من سعدوا بها ، الى من لا يعرف الا الشهوة او النهمه او كل مجسم او مادي ، لان مشاعره وأحاسيسه مظلورة تحت رغبات لا تنتهى ومطامح او مطامع لا يحدها حدود ، فهو يعيش الدنيا للدنيا ، او الحياة للحياة ، ومثل هذا لم ولن يتمكن من استشعار هذا الفارق بين القانون الذى لا يهتم الا بالمصالح المادية الجديرة بالعناية وبين الفقه الاسلامي ، الا بعد ان يقترب من حقيقة الحق الحق ويستمددها من مصدرها الاصلى وهو الحق سبحانه وتعالى .

اذن فالقانون ينظر الى الحياة ، الى الواقع ، الى الماديات والمصالح والمنافع فحسب ، لا يعنيه من قريب او بعيد اى مشاعر داخلية طالما انها لم تظهر في سلوك مادي ظاهر ، لانه يحكم الوقائع ، ويقرر الحقوق التى تحكم السلوك الظاهر ، ولا يعترف لاي حق باثره الاخرى ، لانه قانون الدنيا بمادياتها ووقائعها الظاهرة الملموسة ليس الا ، والقانون يبحث عن الحقوق التى تحقق المصالح للأشخاص في المجتمع فيحرص على تقريرها

ليحصل الافراد أو المجتمع على فائدتها ، بصرف النظر عن مضارها النفسية لبعض الافراد ، أو آثارها السلبية على المجتمع ، فشرب الخمر يقره القانون ولا يهتم بما يترتب عليه من مضار للاسان في نفسه ، وللمجتمع في سلوكه ، وكذا الفوائد الربوية بكافة أنواعها ، تعد في نظر القانون بالنسبة لمن قررت له قانونا أو انفاقا أو قضاء بمثابة حق ، له أن يطالب به ، ويتمتع بهذا الحق بغض النظر عن آثاره المدمرة للاقتصاد على المستوى الفردي أو الجماعي .

من هذا يتبين لنا مدى الفارق الشاسع بين الآثار المترتبة على استعمال الحق في الشريعة الاسلامية وفقهها ، وبين القانون وفقهه الوضعي ، فالقانون يقر حقوقا لا تقرها الفضيلة بل ويجرمها الفقه الاسلامي ، لانها تمس كيان الانسان أو المجتمع في الظاهر أو في الباطن ، وشريعة الاسلام تهتم بالحق ظاهرا وباطنا ، شكلا وموضوعا ، دينا ودنيا ، ولا تقر من الحقوق الا ما فيه نفع حقيقى قد نعلمه ، وقد لا نعلمه ، ولكن بحكم الايمان بعقيدة نثق في صحتها ، نؤمن أيضا بصدق وسلامة ونفع ما جاء فيها من حقوق أو واجبات ، نسلم باه ، ولا تملك حيالها بنور الايمان الا أن نقول (( سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليك المصير )) (٦٤) .

#### ٤٤ — الاختلاف من حيث حدود الجزاء أو الحماية المقررة للحق :

من المعروف أن الجزاء على الحقوق في الفقه الاسلامي لا يقتصر على الدنيا ، وانما يمتد الى الآخرة ، فهو في الطاعة يتمثل في النفع أو المصلحة الدنيوية الاكيدة في الحياة ، وفي الثواب أو الاجر في الآخرة أو العاقبة ، وفي المعصية العكس بالعكس ، فالحقوق لها قواعد تحكمها ظاهرا في الدنيا ، ولها قواعد تحكمها باطنا يثاب أو يعاقب الانسان على اعمالها أو اهمالها

في الآخرة ، فالاصل في حقوق الناس حيال بعضهم البعض أنها لا تسقط  
بمضى المدة في أغلب الفقه الاسلامى الراجع ، وانما الذى يسقط بناء على  
ما انتهى اليه اجتهاد بعض الفقهاء هو الدعوى ، أى المطالبة قضاء الحق ،  
وحتى في حالة سقوط الدعوى أو حق المطالبة أمام القضاء ، فان ذلك لا يعنى  
المتحمل بالحق من المطالبة به من صاحبه أمام الحق سبحانه وتعالى يوم  
القيامة حتى ولو كان هذا الحق ذرة ، مصداقا لقوله تعالى : **« فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »** (٦٥) فسقوط الحقوق  
بنا على سقوط المطالبة بها قضاء في الدنيا ، لا يمنع من المطالبة بها في الآخرة ،  
لذا ينبغى ديانة على من عليه أى حق من الحقوق أن يؤديه لصاحبه ، أو  
يستعفى منه ، في الدنيا حتى ولو كانت المطالبة به قضاء متعذرة .

والشريعة الاسلامية لا تحمى سوق الحقوق التى تقرها أو لا تتعارض  
مع اصولها أو فروعها المعتمدة ، فمثلا الحق في الفوائد الربوية بكافة انواعها  
المقررة قانونا ، لا يعترف بها الاسلام ، ويعدها من اكل أموال الناس  
بالباطل ويحرمها ، ويحرم السلوك الذى يحض عليها ، ويسقط كافة  
ما يترتب عليها. مصداقا لقوله تعالى : **« وأحل الله البيع وحرم الربا »** (٦٦)  
وقوله سبحانه وتعالى : **« يبحر الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل  
كفار أثيم »** (٦٧) ، وكذلك كافة ما يقرر على خلاف الشريعة الاسلامية  
بالمعارضة لاصولها أو فروعها المعتمدة ، فانه لا يعتد به ، ولا يعول عليه  
شرعا .

أما القانون فان الجزاء المقرر على طاعته يتمثل في تحقيق مصلحة للفرد  
أو المجتمع ، وهى في الغالب مصلحة نفعية ، تكون في الغالب مادية ، وهذا  
الجزاء هو الثواب المقرب على تحقيق هذه المصلحة ، وبالقطع هو ثواب

---

(٦٥) سورة الزلزلة الآيتان ٧ ، ٨ .

(٦٦) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .

(٦٧) سورة البقرة الآية ٢٧٦ .

دنيوى ، لا علاقة له بالآخرة لا من بعيد ولا من قريب ، بل قد تكون هذه المصلحة المترتبة على طاعة القانون ، مفسدة لا يقرها الشرع الإسلامى بل يحرمها ، فمثلا لعب القمار يقره القانون فى بعض المناطق السياحية كالصالات الخضراء — وهى سواء — فى فنادق الدرجة الاولى ذوات النجوم الاربع أو الخمس ( كالهيلتون — والشيراتون وفروعهما ) ، ويحمى الحقوق المترتبة على هذا الجرم المحرم صراحة فى شريعة الاسلام بقوله تعالى : **« انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تغفحون »** (٦٨) .

ومن العجيب ان القانون كان يقر اشياء ضد الاخلاق وتحت على الرذيلة فمثلا كان هناك قانون يقر البغاء العلنى ويحميه ، وقد تم الغاء هذا القانون من نيف وثلاثين عاما ، ومازال القانون يقر اشياء كثيرة تتعارض مع الفضيلة ، فضلا عن مخالفتها صراحة للشريعة الاسلامية ، من هذه الاشياء الحق فى تعلم الرقص بأنواعه المختلفة ، والظهور بما لا يكاد يستر العورة المغلظة للرجال فضلا عن النساء على شواطئ البحار ، بل ان الزنا فى القانون يختلف فى جوهره وعقوبته عن جريمة الزنا فى الشريعة الاسلامية ، فالقانون قصر اصطلاح الزنا على زنا الزوج أو الزوجة ، بل وجعل تحريك الدعوى الجنائية ضد الزوجة مرتبط بشكوى الزوج ، بل بالغ فى ذلك فأعطاه الحق — بصورة شاذة ولا مثل لها الا فى الدول المنحلة أو المتحللة من العقائد — فى طلب وقف الحكم ضد زوجته برضائه معاشرتها ، أى بقبوله أن يحمل صفة الديوث ، وهذا حق مقرر له قانونا ، يعاقب من يتقاعس عن تلبيةه أو اجابته اليه باعتباره مرتكبا لجريمة انكار العدالة . أى عدالة هذه ؟ ! لست أدرى .

لقد ظهر لنا بشكل واضح أن التنظيم القانونى البشرى ، تنظيم لا يسلم فى أغلبه من الهوى أو الغرض ، وان سلم منها ، فهو لا يسلم من النقص



والعوج ، بدليل ما نشاهده من تعديل أو تغيير أو تبديل للقوانين في فترات غير متباعدة ، بل ان ما يبدو احيانا من تعارض بين القوانين ذاتها يجعلنا نتأكد بأنها خير شاهد على فساد بنائها ظاهرا وباطنا وتصدعه ، لانه مشيد على ركام من الاهواء والاغراض ، أو مظاهر خارجية قد تخدم من يستند اليها أو يعتد بها ، ولا ادل على ذلك من أن عندنا شرطة آداب ، ومع ذلك هناك أماكن عامة ( كالملاهي الليلية ) تنتهك فيها الآداب بالصورة حيناً وبالفعل في أغلب الأحيان ، ورجل الآداب عاجز ، لان القانون يحى بعض هذه الصور طالما انها لم تصل الى حد الفسق العلنى أو الحث عليه .

ونكتفى بهذا القدر الذى اردنا من خلاله أن نبين في جلاء الفروق الجوهرية بين الحق في الفقه الاسلامى والقانون ، بغية أن يعرف المتعلم ، ويزداد العالم علما بمدى البون الشاسع بين الحق في فقهنا الاسلامى ، والحق في القانون ، فهو فرق ملموس وبعيد بعد الثرى من الثريا ، والمجال لا يعطى مساحة ارحب هنا لاعطاء نماذج شرعية اسلامية ، ونماذج قانونية حية لمدى هذا الاختلاف ، وذلك نظرا لالتزامنا بالايجاز والتركيز ، في هذا الشأن ، وان كنا نأمل بمشيئة الله أن نتناول هذه الفكرة ببحث مستقل ، نضمه ما اردنا تضمينه وضاق نطاق بحثنا هنا عن احتماله .

#### ٤٥ — التعريف المختار للحق :

لقد تعددت التعريفات للحق سواء في الشريعة الاسلامية أم في القانون ، وما من تعريف أوردناه سلم أو يسلم من ورود بعض الاعتراضات عليه ، ولكن الميزة التى يتمتع بها التعريف في الفقه الاسلامى حتى مع ورود ما يمكن أن يعترض به عليه ، انه اجتهاد ، لان كل عمل في نطاق الشريعة الاسلامية يبذل فيه الانسان طاقته ووسعه ، بغية الوصول الى الحق ، يعد اجتهادا والمجتهد له أجران أن أصاب ، وأجر ان أخطأ ، وهذه الميزة لا مثيل لها في فقه النانون الرسمى ، لان اصابة الحق فيه لا تعنى سوى تحقيق ثواب .

الدنيا الممثل في احدى صور التقدير المادى او الادبى ، ولكن هذا لا علاقة له من قريب او من بعيد بثواب الآخرة .

ومن هذا المنطلق فان التعريف الذى نختاره للحق ، هو التعريف الذى اوردته بعض فقهاء الشريعة الاسلامية من المعاصرين (٦٩) ، وذلك مع ادخال بعض التعديل الطفيف عليه ليتضمن فى نظرنا كافة صور الحق حتى فى المباحات .

وعلى هذا فيمكن أن نعرف الحق بأنه : ما أدى شرعا الى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك أو بمباح اذا ما منع بغير مقتضى من الشارع . ولفظ « ما » كالجنس فى التعريف يشمل المعرف وغيره ، والمراد منه هنا ، علاقة أو رابطة أو نسبة أو اتصال بين أركان الحق . ولفظ « أدى » أى أفضى وأنتج أثره سواء بالنسبة لصاحب الحق ، أو من عليه الحق ، أو الشئ المستحق .

ولفظ « شرعا » اشارة صريحة الى أن ما اعتبره الشرع حقا كان كذلك ، وما لم يعتبره حقا كان كذلك ، فالشرع هو الذى يبين الحق ، ومن يثبت له ، ومن يثبت عليه . وهذا يجرى فى كافة الحقوق سواء ما تعلق منها بحق الله تعالى أم بحق العباد أو كان مشتركا بينهما وحق الله تعالى غالب أو حق العبد .

ولفظ « اختصاص » أى استثنائا وانفرادا على معنى أن الحق يؤدى الى استثنائا وتسلط صاحبه وانفراده بالشئ المستحق ، من جهة السلطة أو المطالبة .

ولفظ « بسلطة » المراد بالسلطة هنا هو حرية استعمال محل الحق ، والتصرف فيه على الوجه المشروع ، فالسلطة هنا ليست مطلقة لا يحددها أى

---

(٦٩) انظر : د . على احمد مرعى فى حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة ج١ مس ١٩٨٣ ص ١٣ فقد عرف الحق بأنه : « ما أدى شرعا الى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك » .

حدود ولا تخضع لاي قيود وانما هي سلطة مقيدة بالمشروعية ، فاذا ما تجاوزت الحدود المشروعة لم تعد حقا وانما تعسفا يمكن بل يلزم منعه لعدم موافقته لاحكام الشرع الذى ينهى عن تجاوز الحق أو التعسف فيه على اى صورة كان هذا التعسف .

ولفظ « مطالبة بفعل أو ترك » بيان لانواع الحقوق سواء كانت حقوقا لله تعالى أم للعباد ، وسواء كانت المطالبة بالفعل أم بالترك على سبيل الجزم أولا (٧٠) .

ولفظ « أو بباح الى آخره » ليشمل ما بقى من أنواع الحقوق ، فالمباح يمكن المطالبة به اذا ما تعلق به مصلحة لشخص معين ، وذلك فى حالة المنع منه بدون وجه حق ، فاذا لم يكن هناك ما يقتضى منع المباح عن شخص معين أو عدة اشخاص ، فلا يجوز المنع ، ولصاحب الحق فى المباح أن يطالب به باعتباره حقا من الحقوق المكفولة شرعا للجميع وذلك فى حدود ما ورد فى الشرع . ولولى الامر تقييد المباح بل ومنعه اذا رأى باجتهاده — ان كان من اهله — ان المصلحة تقتضى المنع منه أو اجتهد له فى هذا من هو اهل لذلك . وليس له أن يمنع المباح تعسفا أو تسلطا لانه يعد حقا من الحقوق التى لا تمنع الا بأمر الشارع الحكيم أو فى حدود ما يحقق المصلحة العامة المشروعة ، والمراد هنا المشروعية فى نطاق الاسلام ، لا القانون ، لان القانون لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ، وطاعته عندما يفعل هذا تعد ساقطه ، لانه لا طاعة لخلق فى معصية الخالق .

د . مصطفى محمد عرجاوى

---

(٧٠) راجع فى شرح تعريف الحق د . على مرعى فى المرجع السابق

## اهم مراجع البحث

### (١) كتب التفسير :

- ١ — تفسير القرطبي ( الجامع لاحكام القرآن ) . للعلامة محمد بن أحمد الانصاري القرطبي — طبعة دار الشعب بمصر .
- ٢ — فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والذراية . للعلامة محمد بن على ابن محمد الشوكاني — طبعة دار المعرفة بلبنان .
- ٣ — تفسير النسفى . للعلامة عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى .
- ٤ — التسهيل لعلوم التنزيل . للعلامة محمد بن أحمد بن جزى الكلبى — الطبعة الاولى سنة ١٣٥٥ هـ ، مطبعة محمد بالقاهرة .
- ٥ — فى ظلال القرآن . لشهيد الاسلام سيد قطب — الطبعة السابعة سنة ١٩٧٨ ، دار الشروق بلبنان .
- ٦ — صفوة التفاسير . للشيخ محمد على الصابونى — طبعة دار القرآن ببيروت .

### (ب) كتب الفقه وأصوله :

- ٧ — أصول البزدوى . للعلامة على بن محمد فخر الاسلام البزدوى مع شرحه كشف الاسرار لعبد العزيز بن أحمد البخارى .
- ٨ — الطويح على التوضيح لمثن التنقيح . للعلامة سعد الدين التفتازانى — طبعة الخيرية .
- ٩ — متن التنقيح وتوضيحه . لصدر الشريعة — طبعة صبيح .
- ١٠ — الموافقات فى أصول الشريعة — لابى اسحاق الشاطبى ( ابراهيم ابن موسى المالكى ) — طبعة السلفية .

- ١١— الفروق . لابی العباس شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن القراني — طبعة صبيح والحبلى .
- ١٢— تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الاسرار الفقهية . للشيخ محمد على حسين — طبعة دار المعرفة ببيروت .
- ١٣— ادرار الشروق على أنوار الفروق لابن الشاط — طبعة دار المعرفة ببيروت .
- ١٤— الاختيار لتعليل المختار . لعبد الله بن محمد بن مودود الموصلى — طبعة دار المعرفة ببيروت .
- ١٥— مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابحر . للفقير محمد بن سليمان المعروف بداماد — طبعة دار احياء التراث العربى .
- ١٦— الاشباه والنظائر . لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفى — طبعة الحبلى .
- ١٧— حاشية رد المحتار على الدر المختار . لابن عابدين ( محمد أمين الشهير بابن عابدين ) — طبعة الحبلى .
- ١٨— الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع الشافعية . للسيوطى ( جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ) — طبعة الحبلى الاخير .
- ١٩— القواعد النورانية الفقهية . لابن تيمية ( ابو العباس تقى الدين أحمد ابن عبد الحليم ) — مطبعة السنة المحمدية بمصر .
- ٢٠— الفتاوى الكبرى . لابن تيمية — طبعة المعرفة ببيروت .

#### (ج) كتب الفقه الحديث والمعاصر :

- ٢١— المدخل للفقه الاسلامى . للشيخ عيسوى أحمد عيسوى .
- ٢٢— التصرف الانفرادى والارادة المنفردة . للشيخ على الحقيف .
- ٢٣— مدخل الفقه الاسلامى — د . محمد يوسف موسى .

- ٢٤— الحق والذمة وتأثير الموت فيهما . للشيخ على الخفيف .  
٢٥— المدخل للفقهاء الاسلامى . للشيخ محمد مصطفى شلبى .  
٢٦— الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد — د . مصطفى الزرقا ط٢ س ١٩٤٩ .  
٢٧— النظرية العامة للمعاملات — د . أحمد فهمى أبو سنة .  
٢٨— حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة — د . على أحمد مرعى  
ط ١٩٨٣ .  
٢٩— نظرية الحق فى الفقه الاسلامى — د . أحمد فهمى أبو سنة .  
٣٠— الحق فى الشريعة الاسلامية . للشيخ محمد طوموم .  
٣١— دراسات فى اصول الفقه — د . محمد حسان عمار — ( على الآلة  
الضاربة سنة ١٩٨٤ ، ١٩٨٥ ) .  
٣٢— قيود الملكية الخاصة — د . عبد الله بن عبد العزيز المصلح آل شاكز  
( رسالة لنيل الدكتوراه فى الفقه من المعهد العالى للقضاء بجامعة  
الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض ط ١٤٠ هـ ) .

#### (د) كتب اللفظة :

- ٣٣— لسان العرب . لابن منظور ( جمال الدين محمد بن مكرم  
ابن منظور ) .  
٣٤— مختار الصحاح . للرازى ( محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ) .  
٣٥— المصباح المنير . للمقرئ ( أحمد بن محمد بن على المقرئ ) .  
٣٦— القاموس المحيط . للفيروز أبادى ( مجد الدين محمد بن يعقوب  
الفيروز أبادى ) .  
٣٧— المعجم الوسيط . مجمع اللغة العربية بمصر .  
٣٨— ترتيب القاموس المحيط . للطاهر أحمد الزاوى .

#### (هـ) كتب القانون :

- ٣٩— مبادئ القانون — د . عبد المنعم البدر اوى ط ١٩٧٠ .  
٤٠— المدخل الى القانون — د . حسن كيره ط ١٩٧٤ .

- ٤١— أصول الحق — د . مختار القاضى ط ١٩٦٧ .
- ٤٢— نظرية الحق — د . محمد سامى مذكور ط ١٩٥٤ .
- ٤٣— الوجيز فى المدخل لدراسة القانون — د . أحمد سلامة و د . حمدي عبد الرحمن ط ١٩٧٠ .
- ٤٤— فكرة الحق — د . عبد الرحمن ط ١٩٧٩ .
- ٤٥— المدخل لدراسة القانون — الكتاب الثانى — مقدمة القانون المدنى د . أحمد سلامة ط ١٩٦٣ .
- ٤٦— النظرية العامة للحق — د . محمد شكرى سرور ط ١٩٧٩ .
- ٤٧— المدخل للعلوم القانونية — القسم الثانى — نظرية الحق — د . توفيق حسن فرج ط ٢ س ١٩٨١ .
- ٤٨— محاضرات فى النظرية العامة للحق — د . اسماعيل غانم ط ٢ — س ١٩٥٨ .
- ٤٩— مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية — د . عبد الناصر توفيق العطار ط ١٩٧٩ .
- ٥٠— دروس فى المدخل للعلوم القانونية — د . نعمان محمد خليل جمعه ط ١٩٧٧ .
- ٥١— دروس فى النظرية العامة للحق — د . جميل الشرقاوى ط ١٩٥٥ .
- ٥٢— مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ج ٢ نظرية الحق — د . منصور مصطفى منصور ط ١٩٦١ .
- ٥٣— محاضرات فى النظرية العامة للحق — د . شمس الدين الوكيل ط ١٩٥٤ .
- ٥٤— محاضرات فى نظرية الحق — د . لاشين محمد الغايانى ط ١٩٧٩ .
- ٥٥— محاضرات فى نظرية الحق — د . محمد محمد المهدي ط ١٩٨٤ .
- ٥٦— نظرية الحق — د . عبد الفتاح عبد الباقي ط ١٩٦٥ .
- ٥٧— نظرية الحق فى القانون المدنى — د . عبد المنعم فرج الصده ط ١٩٥٠ .

- ٥٨ — مذكرات في نظرية الحق — د . عبد الحى حجازي ط ١٩٥١ .
- ٥٩ — محاضرات في النظرية العامة للحق — د . شفيق شحاته .  
ط ١٩٤٨ / ١٩٤٩ م .
- ٦٠ — المدخل للعلوم القانونية — د . سليمان مرقس ط ٢ س ١٩٥٢ .
- ٦١ — المدخل لدراسة القانون — د . عبد الودود حسن يحيى ط ١٩٧٦ .
- ٦٢ — محاضرات في النظرية العامة للحق — د . مصطفى محمد عرجاوى .  
ط ١ س ١٩٨٥ .
- ( و ) كتب أجنبية :

- Dabin ( j ) : le droit subjectif. 1952 . -- 63
- Marty et Raynaud : droit Civil , T. 1, 1972 . -- 64
- Geny : Science et technique en droit Prive' positif . -- 65
- Hassán kira : la theorie de l, abus de droit en d oit francais -- 66  
en droit Egyptien these Paris ( dactylographiee ) 1952 .
- Léon buguit - traite de droit constitutionel, 1931 . -- 67
- Ihering - L, Esprit du droit romain traduction francalse, -- 68  
Meuleuæere t, 4, 3e . 1888 .
- Duguit : les transeformatons générales du droit privé -- 69  
depuis Le Cod , nap , 1928 .
- O , ionesco : La nation de droir subjectif dans Le droit -- 70  
Prive : these, parris 1931 .
- Ripert ( g ) : abus ou relativite des droits T, C, 1922 . -- 71
- Gorovtseff : La lutte autour de La nation de sujet de -- 72  
droit , Beu , trime de dr , Civ 1926 .
- Salilles : De Le personnalité juridique zé, ed 1922 . -- 73